

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00139

vom 22. Dezember 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-12-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00139

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00139 du 22 décembre 2022

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00139 del 22 dicembre 2022

Erwägungen

E. 1

Die X.____ AG reichte am 21. April 2021

eine Voranmeldung von Kurz arbeit aufgrund der behördlichen Massnahmen infolge der Covid-19-Pandemie beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) für die Zeit ab dem 1. Mai 2021 für den Gesamtbetrieb des Clubs « Y.____ » (25 Mitarbeitende) bei einem prozentualen Arbeitsausfall von 100 % ein (Urk. 7/18) .

Zuvor hatte ihr das AWA bereits für die Zeit vom 17. März bis 31. August 2020 (Verfügung vom 13. August 2020, nicht aktenkundig) , vom 9. November 2020 bis 8. Februar 2021 (Verfügung vom 7. Januar 2021, Urk. 7/8) und vom 9. Februar bis 8. Mai 2021 (Verfügung vom 23. Januar 2021, Urk. 7/12) im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie Kurzarbeitsentschädigung grundsätzlich bewilligt , mithin unter dem Vorbehalt, dass die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien . Mit Schreiben vom 8. Februar 2021 (Urk. 7/13) forderte das AWA die X.____ AG auf, insbesondere zur Arbeitgeberbereignschaft Stellung zu nehmen , was diese mit Eingabe vom 25. Februar 2021 tat (Urk. 7/14). Aufgrund (fort-) bestehender unklarer Rechtslage hinsichtlich Arbeitgeberstellung ersuchte das AWA das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO um Hilfestellung (vgl. Urk. 7/16), welches am 29. April 2021 Stellung nahm (Urk. 7/19). Gestützt darauf forderte das AWA mit Schreiben vom 4. Mai 2021 (Urk. 7/20) die X.____ AG erneut auf, Unterlagen zwecks Feststellung der Arbeitgeberstellung einzureichen . Die X.____ AG reichte am 25. August 2021 eine Stellungnahme inkl usive Beilagen ein (Urk. 7/27). Am 10. Dezember 2021 (Urk. 7/29-31) hob das AWA die Verfügungen vom 13. August 2020, 7. Januar und 23. Januar 2021 wiederer wägungsweise auf und lehnte das Gesuch vom 21 . April 2021 um Bewilligung von Kurzarbeit ab (Urk. 7/32). Die dagegen von der X.____ AG am 27. Januar 2022 erhobenen Einsprachen (Urk. 7/3 4-37) wu rden vom AWA antragsgemäss vereinigt und mit Einspracheentscheid vom 5. April 2022 abgewiesen (Urk. 7/41 = Urk. 2).

E. 1.1

Gemäss Art.

31 Abs.

1 lit .

b und d des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) haben Arbeitnehmerinnen und 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. Voraussetzung für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles ist, dass er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art.

32 Abs.

1 lit . a AVIG). Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe - in Berücksichtigung des präventiven Charakters der Kurzarbeitsentschädigung - sehr weit aus und versteht darunter sowohl strukturelle als auch konjunkturelle Gründe insgesamt und nicht nur den Rückgang der Nachfrage nach den normalerweise von einem Betrieb angebotenen Gütern und Dienstleistungen (BGE 128 V 305 E. 3a; Urteile des Bundesgerichts

8C_549/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.2 und C 279/05 vom 2. November 2006 E. 1, je mit Hinweisen).

Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er branchen , berufs oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungs schwankungen verursacht wird (Art.

33 Abs.

1 lit . b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsent schädigung ausschliessen (BGE 121 V 371 E. 2a, 119 V 357 E. 1a, je mit Hinweisen). Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen, andere übliche Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeit gebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit . a 2. Satzteil AVIG; ARV 2004 Nr. 5 S. 58 E. 2.1).

E. 1.2

Gemäss Art. 32 Abs. 3 AVIG regelt der Bundesrat für Härtefälle die Anrechenbar keit von Arbeitsausfällen, die auf behördliche Massnahmen, auf wetterbedingte Kundenausfälle oder auf andere vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen sind. Er kann für diese Fälle von Absatz 2 abweichende längere Karenzfristen vorsehen und bestimmen, dass der Arbeitsausfall nur bei vollständiger Einstellung oder erheblicher Einschränkung des Betriebes anrechenbar ist.

Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, sind anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (Art. 51 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIV). 1.

E. 1.5

Im Zusammenhang mit Massnahmen wegen des Coronavirus (COVID-19) erliess der Bundesrat unter anderem die folgenden Verordnungen, die innert kurzer Zeit mehrere Änderungen erfuhren: 1. Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020 (SR 818.101.24) 2. Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung besondere Lage) vom 19. Juni 2020 (SR 818.101.26) 3. Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im

Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Arbeitslosen versicherung) vom 20. März 2020 (SR 837.033)

E. 1.6

Im Übrigen hat das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO diesbezüglich weitergehende Vorgaben für die Verwaltung publiziert (vgl. Weisung 2021/07: Aktualisierung «Sonderregelungen aufgrund der Pandemie» vom 20. April

2021 [nachfolgend: Weisung 2021/07], Weisung 2021/13: Aktualisierung «Sonderregelungen aufgrund der Pandemie» vom 30. Juni 2021 [nachfolgend: Weisung 2021/13] sowie Weisung 2021/16 Aktualisierung «Sonderregelungen aufgrund der Pandemie» vom 1. Oktober 2021 [nachfolgend: Weisung 2021/16]).

E. 1.7

Verwaltungsweisungen, wie etwa Wegleitungen oder Kreisschreiben, richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 146 V 224 E. 4.4.2, 141 V 365 E. 2.4 mit Hinweisen).

E. 1.8

Im Sozialversicherungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz. Danach haben der Versicherungsträger oder das Durchführungsorgan und im Beschwerdefall das kantonale Versicherungsgericht von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen (Art. 43 Abs. 1 und Abs. 1 bis sowie Art. 61 lit. c in Verbindung mit Art. 2 ATSG). Der Untersuchungsgrundsatz wird durch die Mitwirkungspflicht der Versicherten respektive der Parteien beschränkt (Art. 28 und Art. 43 Abs. 2 ATSG), vor allem in Bezug auf Tatsachen, die sie besser kennen als die (Verwaltungs- oder Gerichts-) Behörde und welche diese sonst gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben könnte (BGE 122 V 157 E. 1a; Urteil des Bundesgerichts 9C_341/2020 vom 4. September 2020 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 138 V 86 E. 5.2.3 und 125 V 193 E. 2; vgl. BGE 130 I 180 E. 3.2).

Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus. Im Sozialversicherungsprozess tragen mithin die Parteien in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheidung zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (Urteil des Bundesgerichts 8C_765/2020 vom 4. März 2021 E. 3.2.2 mit Hinweis auf BGE 144 V 427 E. 3.2). Bleiben jedoch erhebliche Zweifel an der Vollständigkeit und/oder Richtigkeit der bisher getroffenen Tatsachenfeststellung bestehen, ist weiter zu ermitteln, soweit von zusätzlichen Abklärungsmassnahmen noch neue wesentliche Erkenntnisse zu erwarten sind (Urteil des Bundesgerichts 8C_257/2018 vom

24. August 2018 E. 3.3.2 mit Hinweis). 2.

E. 2.1

2.1.1

Im angefochtenen Entscheid (Urk. 2) erwog der Beschwerdegegner im Wesentlichen, dass eine «faktische Arbeitgeberstellung», wie sie das Bundesgericht im Entscheid 9C_3246/2011 vom 22. November 2011 im Zusammenhang mit den auf die Einkommen der im Erotikbereich erbrachten Dienstleistungen zu leisten den Sozialversicherungsbeiträgen annehme, nicht auf die Kurzarbeit ausgeweitet werden könne. Die Beschwerdeführerin leiste keine Lohnzahlungen an die im Club « Y.____ » tätigen Erotikdamen, und es bestünden auch keine Lohnzahlungspflicht sowie Lohnvorschusspflicht. Vielmehr erhalte die Beschwerdeführerin von jeder Dame jeweils eine Tagesarbeitspauschale, mit welcher das Unternehmen die Sozialversicherungsbeiträge sowie die Quellensteuer für die Damen begleiche und von welcher es einen Anteil im Sinne von Administrationskosten als eigene Einnahmen verbuche. Ohne das Bestehen einer Lohnzahlungspflicht bestehe auch kein Anlass beziehungsweise keine Grundlage für eine Diskussion der Beschwerdeführerin mit den im Club tätigen Erotikdamen über eine Reduktion der betrieblichen Arbeitszeit oder die vorübergehende Betriebschliessung mit entsprechender Herabsetzung des Lohnes. Zudem stehe die Kurzarbeitsentschädigung den anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden zu. Die vorliegend ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung sei hingegen ganz oder zumindest teilweise der Beschwerdeführerin zugute gekommen. Dass diese die erhaltene Kurzarbeitsentschädigung an die Erotikdamen weitergeleitet habe, erscheine zweifelhaft und sei nicht belegt (S. 4).

Ausserdem seien die Voraussetzungen für die drei wiedererwägungsweise aufgehobenen Verfügungen erfüllt, da aufgrund der Tatsache, dass ab März 2020 infolge Covid-19 eine sehr grosse Zahl von Voranmeldungen für Kurzarbeit eingegangen sei, bei der Erteilung der Grundsatzbewilligungen keine vertieften Abklärungen

hätten vorgenommen worden

können, weshalb die komplexen Verhältnisse anfänglich nicht in ihrer Gesamtheit erfasst worden seien. Aufgrund einer nachträglichen Kontrolle sei das SECO jedoch auf mögliche Unstimmigkeiten gestossen, weshalb das AWA weitere Abklärungen getätigt habe. Erst aufgrund dieser weiteren Prüfung habe sich das zwischen der Beschwerdeführerin und den im Club « Y.____ » tätigen Erotikdamen bestehende Verhältnis klären lassen. Nach den erfolgten Abklärungen habe sich herausgestellt, dass die Erteilung der diversen an die Beschwerdeführerin gerichteten Grundsatzbewilligungen zweifellos unrichtig gewesen sei. Darüber hinaus ergebe sich die erhebliche Bedeutung der Berichtigung bereits aufgrund der Höhe der strittigen Kurzarbeitsentschädigungen. Somit seien beide Voraussetzungen gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG erfüllt (S. 5).

E. 2.1.2

In der Beschwerdeantwort vom 14.

Juli 2022 (Urk. 6) führte der Beschwerdegegner aus, dass sich die fehlende Arbeitgeberstellung der Beschwerdeführerin bereits aus den fehlenden Lohnzahlungen und der fehlenden Lohnzahlungs- und Lohnvorschusspflicht gegenüber den Erotikdamen ergebe (S. 2). An dieser Rechtsauffassung hielt er in seiner Stellungnahme vom 15. September 2022 fest (Urk. 15).

E. 2.2

Mit Eingabe vom 18. August 2022 (Urk. 12) reichte die Beschwerdeführerin weitere Akten (Urk. 13/6-9) ein, welche mit Gerichtsverfügung vom 24.

August 2022 (Urk. 14) de m Beschwerdegegner zur Stellungnahme unterbreitet wurden .

Dieser liess sich am 15. September 2022 hierzu vernehmen (Urk. 15). Dies wurde der Beschwerdeführerin am 20. September 2022 zur Kenntnis gebracht (Urk. 16). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.2.1

Demgegenüber stellte sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde (Urk. 1) auf den Standpunkt, nebst dem Vorliegen einer Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgrund fehlender Begründungspflicht im angefochtenen Einspracheentscheid des Beschwerdegegners (S. 7 f.) komme den Erotikdamen Arbeitnehmerstellung zu , und es sei ihnen sehr wohl die Kurzarbeitsentschädigung weitergeleitet worden , um deren Lohnausfall zu decken. Eine unterschiedliche Behandlung der Erotikdamen in den verschiedenen Sozialversicherungszweigen würde zu einem stossenden Ergebnis führen, zumal von den Einkommen der Erotikdamen Sozialversicherungsbeiträge erhoben und einkassiert würden. Auch habe bislang kein Amt geltend gemacht, diese Gelder mangels Arbeitgeberstellung beziehungsweise Arbeitnehmerstellung nicht entgegennehmen zu wollen. Ebenso habe bis heute noch nie ein Amt – weder eine Ausgleichskasse für die AHV noch eine Arbeitslosenkasse für die ALV und auch kein Steueramt für die Quellensteuer – Unterlagen zur Feststellung der Arbeitgeberstellung verlangt (S. 9 f.).

Hinsichtlich Wiedererwägung der drei Verfügungen sei zu berücksichtigen, dass die Bewilligung der Kurzarbeitsentschädigung nur einen begrenzten Zeitraum zum Inhalt gehabt habe. Insofern hätten diese Verfügungen ein abgeschlossenes Rechtsverhältnis geregelt. Soweit sich der Beschwerdegegner auf den im vorliegenden Fall nicht anwendbaren Entscheid BGE 147 V 359 berufe, so sei darauf hinzuweisen, dass eine spätere neue Rechtsprechung grundsätzlich keinen Wiedererwägungsgrund darstelle, wenn es um die Wiedererwägung einer Verfügung gehe, die ein abgeschlossenes Rechtsverhältnis oder ein in die Zukunft wirkendes Dauerrechtsverhältnis regle. Zudem könne mit Blick auf den sozialversicherungsrechtlichen Status der Erotikdamen als unselbständig Erwerbstätige nicht gesagt werden, dass die Bejahung der Anspruchsvoraussetzungen zur Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigungen hinsichtlich der Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerstellung im Zeitpunkt des Verfügungserlasses zweifellos unrichtig gewesen sei (S. 12 ff.).

E. 2.2.2

Mit Eingabe vom 18. August 2022 (Urk. 12) führte die Beschwerdeführerin aus, die im Juli 2022 eingetroffenen Quellensteuerabrechnungen für die Monate Mai bis August 2020 dienten als weiterer Beweis ihrer Arbeitgeberstellung. 3.

E. 3

AVIG). Die kantonale Amtsstelle prüft, ob die Anspruchsvoraussetzungen glaubhaft gemacht worden sind und die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründet ist. Hält sie eine oder mehrere Anspruchsvoraussetzungen für nicht erfüllt, erhebt sie durch Verfügung Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung (Art.

36 Abs.

E. 3.1

Strittig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdegegner zu Recht die Verfügungen vom 13. August 2020, 7. Januar 2021 (Urk. 7/8) und 23. Januar 2021 (Urk. 7/12)

wiedererwägungsweise aufgehoben und einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung vom 17. März bis 31. August 2020

und ab 9. November 2020 (und weiterhin ab 1. Mai 2021) verneint hat. Damit stellt sich in formeller Hinsicht die Frage, ob der Beschwerdegegner berechtigt war, unter dem Titel der Wiedererwägung auf seine ursprünglichen Verfügungen zurückzukommen (vgl. vorstehend E).

1.

E. 3.2

Gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. a AVIG haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind. Folglich muss für die Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung den Erotikdamen Arbeitnehmerstellung zukommen.

Mithin müssen sie unselbständig erwerbstätig sein, wobei für die Frage der Arbeitnehmereigenschaft das formell rechtskräftig geregelte AHV-Beitragsstatut massgebend ist (Art. 31 Abs. 1 lit. a i.V. mit Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG), sofern sich dieses nicht als offensichtlich unrichtig erweist. Nur wenn sich dieses nicht erweisen lässt, kommt eine freie Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft anhand der Kriterien, die Praxis gemäss für eine selbständige beziehungsweise unselbständige Tätigkeit sprechen (vgl. BGE 122 V 169 E. 3.c mit Hinweisen), in Betracht (Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2019, S. 9 f. mit Hinweisen).

Ob im Einzelfall eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, beurteilt sich dabei rechtsprechungsgemäss nicht auf Grund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. Entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen dabei allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die AHV-rechtliche Qualifikation zu bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein. Als unselbständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einer oder einem Arbeitgebenden in betriebswirtschaftlicher beziehungsweise arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt. Aus diesen Grundsätzen allein lassen sich indessen noch keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten. Die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte zwingt dazu, die beitragsrechtliche Stellung einer erwerbstätigen Person jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Weil dabei vielfach Merkmale beider Erwerbsarten zu Tage treten, muss sich der Entscheid oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen (BGE 146 V 139 E. 3.1 mit Hinweis).

3.3

Im Club « Y.____ » bieten 25 Dienstleisterinnen erotische Massagen an (vgl. Urk. 7/1, Urk. 7/3). Damit fällt diese – entgeltlich angebotene – Tätigkeit unbestrittenemassen unter den Prostitutionsbegriff der Prostitutionsgewerbeverordnung der Gemeinde Z.____ (PGVO), in welcher die Prostitution als eine Dienstleistung, bei der eine sexuelle Handlung gegen

Entgelt angeboten oder vorgenommen wird, definiert wird (Art.

2 Satz

1 PGVO).

Prostitution kann in der Schweiz sowohl als selbstständige wie auch als unselbstständige Form von Erwerbstätigkeit ausgeübt werden (BGE 140 II 460 E).

E. 3.4

Nach dem Gesagten (vorstehend E. 3.2) entscheidet die Art des Vertrags verhältnismässig nicht darüber, ob eine Erwerbstätigkeit als selbstständig oder unselbstständig zu qualifizieren ist. Somit ist irrelevant, wie die Frage, ob es sich beim Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin um unechte Arbeit auf Abruf handelt, oder ob arbeitsvertragsähnliche Innominatkontrakte vorliegen, welche in zivilrechtlicher Hinsicht als denkbare Vertragsformen gelten (vgl. Bericht des Bundesrates vom 5. Juni 2015 über «Prostitution und Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung», abrufbar unter www.ejpd.admin.ch; Rechtsgutachten «Réglementation du marché de la prostitution» vom 11. Januar 2013, EJPD, Bundesamt für Justiz, S. 128 f.; Beilage 2 zu Urk. 7/27), zu beantworten wäre.

Vielmehr ist im Bereich der Arbeitslosenversicherung in erster Linie das formell rechtskräftige Beitragsstatut massgebend, sofern sich dieses nicht als offensichtlich unrichtig erweist (E. 3.2). In den Akten findet sich unter anderem die Jahresabrechnung für Lohnbeiträge vom 16. März 2020, welche allerdings das Jahr 2019 beschlägt und eine Liste der im Monat Januar 2020 Beschäftigten enthält (Beilage zu Urk. 7/4). Ferner findet sich eine Jahresabrechnung für Lohnbeiträge für das Jahr 2020, welcher keine Einsatzliste angefügt ist (Urk. 7/27 Beilage 2).

Aktenkundig sind sodann Nachtragsverfügungen nach durchgeführten Arbeitgeberkontrollen (7/14/12-14, Urk. 7/27 Beilage 4 und 5) sowie Entscheide betreffend den Bezug von Familienzulagen im Falle zweier Beschäftigter sowie den Bezug von Mutterschaftsentschädigung (3/3-4, Urk. 7/27 Beilage 7 und 10).

Dies weist auf die Einordnung als unselbstständige Tätigkeit hin, indessen lässt sich nicht abschliessend beurteilen, ob dies für den vorliegend strittigen Zeitraum und für sämtliche in dieser Zeit beschäftigten Sexarbeiterinnen galt. So ist beispielsweise der Nachtragsverfügung vom 7. Dezember 2020 für die Kontrollperiode 5. April 2016 bis 31. Dezember 2019 eine Meldebestätigung der Erwerbstätigkeit von selbstständig Erwerbstätigen zu entnehmen (selbstständige erotische Masseurin; Seite 3/14). Ob für den vorliegend strittigen Zeitraum und die in diesem Beschäftigten ein formell rechtskräftiges Beitragsstatut vorlag, wird der Beschwerdegegner – soweit ein Anspruch nicht ohnehin mangels eines anrechenbaren Arbeitsausfalls zu verneinen ist – abzuklären haben. 3. 5

Gemäss Art. 33 Abs. 1 AVIG ist ein Arbeitsausfall unter anderem dann nicht anrechenbar, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist (lit. b) oder soweit er Personen betrifft, die in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer stehen (lit. e).

Nach Art. 17 Abs. 1 lit. e Covid-19-Gesetz (rückwirkend in Kraft getreten auf den 1. September 2020 durch die Änderung des Covid-19-Gesetzes vom 18. Dezember 2020) kann der Bundesrat vom AVIG abweichende Bestimmungen erlassen über Anspruch und Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf Abruf

in unbefristeten Arbeitsverhältnissen.

Art. 17 Abs. 1 lit. f Covid-19-Gesetz (eingefügt durch Ziff. I der Änderung vom 18. Dezember 2020 des Covid-19 Gesetzes [Kultur, Härtefälle, Sport, Arbeitslosenversicherung, Ordnungsbussen], in Kraft seit 19. Dezember 2020) erlaubt dem Bundesrat, abweichende Bestimmungen zu erlassen über Anspruch und Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für Personen nach Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG, das heisst für Personen in befristeten Arbeitsverhältnissen und für Personen in einem Lehrverhältnis.

Der Bundesrat hat mit der COVID-19-Verordnung-Arbeitslosenversicherung Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit eingeführt und unter anderem den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auf bestimmte Anspruchsgruppen ausgeweitet. Art. 4 Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung – in der vom 1. März bis 31. August 2020 gültig gewesenen Fassung – sieht vor, dass in Abweichung von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG ein Arbeitsausfall anrechenbar ist, soweit er Personen betrifft, die in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer oder im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit stehen.

Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (eingefügt durch Ziff. I 1 der Verordnung vom 8. April 2020 über ergänzende Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus im Bereich der Arbeitslosenversicherung, gültig gewesen vom 9. April 2020 bis 31. März 2022) bestimmt in der bis 31. August 2020 gültig gewesenen Fassung, dass in Abweichung von Art. 31 Abs. 3 lit. a und Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad starken Schwankungen unterliegt (mehr als 20 %), ebenfalls Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben, sofern sie seit mehr als sechs Monaten in dem Unternehmen arbeiten, das Kurzarbeit anmeldet. Nach dem Wortlaut der seit 1. September 2020 in Kraft gestandenen Fassung von Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung setzt der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Abruf voraus, dass «sie seit mindestens 6 Monaten unbefristet in dem Unternehmen arbeiten, das Kurzarbeit anmeldet». Gemäss Art. 8f Abs. 2 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung bestimmt die zuständige Behörde den Arbeitsausfall auf der Basis der letzten 6 oder 12 Monate und rechnet den für die jeweilige Arbeitnehmerin oder den jeweiligen Arbeitnehmer günstigsten Arbeitsausfall an. 3.

E. 3.7

Des Weiteren muss ein anrechenbarer Arbeitsausfall dargelegt werden, wofür dieser bestimmbar oder die Arbeitszeit der Arbeitnehmenden kontrollierbar sein muss. Dies setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG e contra rio; Art. 46b Abs. 1 AVIV).

Die Beschwerdeführerin hat unter anderem die Jahresabrechnung der Gastrosozial Ausgleichskasse für Lohnbeiträge 2020 für das «Y.____», eine Verfügung «Nachtrag aus Arbeitgeberkontrolle», einen Bericht für die Arbeitgeberkontrolle, Entscheide betreffend Familienzulagen sowie Abrechnungen über die Quellensteuer beigelegt (Urk. 7/2

E. 3.8

Gemäss Art. 37 AVIG hat die Arbeitgeberin die Kurzarbeitsentschädigung vorzuschüssen und den Arbeitnehmenden am ordentlichen Zahlungstermin auszurichten. Gemäss der

dargelegten Abrechnungsmethode (vgl. vorstehend E. 3.3) leistet die Beschwerdeführerin keine Lohnzahlungen an die im Club tätigen Erotikdamen. Dass die bezogene Kurzarbeitsentschädigung an die Erotikdamen ausbezahlt wurde, hat die Beschwerdeführerin anhand des Lohnflusses darzulegen, und zwar für jede einzelne Erotikdame während allen hier relevanten Zeitperioden. Hierfür ist unter anderem der jeweilige IK-Auszug einzureichen und der Nachweis zu erbringen, dass die ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung auf ein Konto der abgerechneten Person überwiesen worden ist. Trotz mehrmaliger Aufforderung durch den Beschwerdegegner (vgl. Urk. 7/20 S. 2; Urk. 7/23 S. 6 Ziff. 5 und 6) hat es die Beschwerdeführerin unterlassen, Belege, welche einen tatsächlichen Lohnfluss hinreichend nachweisen würden, rechtsgenügend aufzulegen. So vermochte sie nicht lückenlos und transparent Zahlungen auf ein auf den jeweiligen Namen der Erotikdamen lautendes Post- oder Bankkonto auszuweisen, sondern hat

lediglich im Rahmen einer Gesamtabrechnung Monats-Zahlungen an die Erotikdamen für März bis Mai 2020 ausgewiesen (Urk. 7/27 Beilage 14). Zwar ist ersichtlich, dass mit Vereinbarung/Verrechnungsanzeige für März bis August 2020 (Urk. 7/27 Beilage n 15-20) Kurzarbeitsentschädigungen ermittelt wurden, doch fehlen solche für die Monate November 2020 bis Mai 2021. Auch sind auf den Lohnsummen Juni 2020 28 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, für den Juli 2020 gar deren 30 und für den August 2020 deren 29 anstatt der üblich gemeldeten 25

aufgeführt (Urk. 7/27 Beilagen 18-20). Zudem sind die Postkontozahlungen (PostFinance) vom 4. und 14. Mai sowie 7. August und 1.

September 2020

an ausgewählte Erotikdamen in jeweils unterschiedlicher Höhe hinsichtlich Kurzarbeitsentschädigung weder nachvollziehbar beziehungsweise ausreichend, noch belegen sie die Vergütung an alle Erotikdamen während der hier strittigen Zeitperiode (Urk. 7/27 Beilagen 16-17 und 19). Die von der Beschwerdeführerin ausgewiesene «Abrechnung Kurzarbeit» vom 20. Oktober 2020 über den Betrag von Fr. 1'500.-- vermag lediglich eine Auszahlung an eine Erotikdame für den Juli 2020 zu belegen, wobei hier zusätzlich die Zahlung nicht nachvollziehbar ist, steht doch die betreffende Erotikdame nicht auf der «Vereinbarung/Verrechnungsanzeige» für den Juli 2020 (Urk. 7/27 Beilage 19).

E. 3.9

Ausserdem fehlt ein Nachweis des anrechenbaren Arbeitsausfalls für jede einzelne Erotikdame. Darüber hinaus hat die Beschwerdeführerin für die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle zu führen. Diese beinhaltet die täglich geleisteten Arbeitsstunden inklusive allfälliger Mehrstunden und die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie sämtliche übrigen Absenzen wie zum Beispiel Ferien-, Krankheits- oder Unfallabwesenheiten (vgl. Urk. 7/17 S. 2; vgl. auch Kupfer Bucher, a.a.O., S. 260 ff.). Eine Stundenzusammenfassung existiert nur für die Monate März 2020 (Urk. 7/27 Beilage 15; Vermerk: Betrieb ab 17. März 2020 geschlossen) und Mai 2020 (Urk. 7/27 Beilage 17), wobei letztere aufgrund des bundesrätlichen Schliessungsbeschlusses («Lockdown») keine effektiv geleisteten Stunden der Erotikdamen aufweist. Zudem sind Aufstellungen der geplanten Einsatztage

nur für die Monate März bis

Mai 2020 vorhanden (Urk. 7/27 Beilage 15 -1

E. 4

). Materiell ist dabei strittig, ob den bei der Beschwerdeführerin beschäftigten Sexarbeiterinnen Arbeitnehmereigenschaft (Art. 10 ATSG) zukommt, und ob sie unter dem Gesichtspunkt der Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls ab 17. März 2020 die Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeit erfüllten.

E. 4.1

Die Aktenführungspflicht von Verwaltung und Behörden bildet das Gegenstück zum Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht (Art.

29 Abs.

2 BV), indem die Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts durch die versicherte Person eine Aktenführungspflicht der Verwaltung voraussetzt (BGE 138 V 218 E.

8.1.2, 130 II 473 E. 4.1, 124 V 372 E.

3b und 124 V 389 E.

3a). Die Behörde ist verpflichtet, ein vollständiges Aktendossier über das Verfahren zu führen, um gegebenenfalls ordnungsgemäss Akteneinsicht gewähren und bei einem Weiterzug diese Unterlagen an die Rechtsmittelinstanz weiterleiten zu können. Die Behörde hat alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört (BGE 124 V 372 E.

3b). Der verfassungsmässige Anspruch auf eine geordnete und übersichtliche Aktenführung verpflichtet die Behörden und Gerichte, die Vollständigkeit der im Verfahren eingebrachten und erstellten Akten sicherzustellen (BGE 138 V 218 E.

8.1.2; Urteile des Bundesgerichts 8C_319/2010 E.

2.2.1; Urteil 5A_341/2009 vom 30.

Juni 2009 E. 5.2). Für die dem ATSG unterstellten Versicherer wurde in Art.

46 ATSG die Aktenführungspflicht auf Gesetzesstufe konkretisiert. Danach sind für jedes Sozialversicherungsverfahren alle Unterlagen, die massgeblich sein können, vom Versicherungsträger systematisch zu erfassen. Diese Bestimmung enthält somit keine spezifischen Anforderungen an die Art und Weise, wie die Akten zu führen sind. Damit reicht das Spektrum der Aktenführung von der physischen Erfassung der schriftlichen Akten in einem Aktendossier bis hin zu IT-gestützten Aktenregistrierungssystemen. Eine systematische Aktenführung ist jedoch unbeschweren ihrer jeweiligen technischen Umsetzung stets nach festgelegten, sachgerechten und zweckmässigen Kriterien vorzunehmen, da nur auf diese Weise die Wirksamkeit des Akteneinsichtsrechts gewährleistet werden kann. Sie hat dabei den Nachweis der Verwaltungstätigkeit sowohl mit Blick auf die Sachverhaltsabklärung wie auch bezüglich des Wegs der Entscheidungsfindung jederzeit auf nachvollziehbare Weise zu ermöglichen und zu gewährleisten. Welche Aufgaben im Einzelnen zur sorgfältigen Aktenführung gehören, wurde insbesondere mit Blick auf Art.

E. 4.2

Die vom Beschwerdegegner eingereichten Akten (Urk. 7/1-62) erweisen sich sowohl als unvollständig, da zum Beispiel die Verfügung vom 13. August 2020 fehlt beziehungsweise

Dokumente für andere Erotikstudios (Sauna-Erotik-Clubs « D .___ » und « E .___ »; Erotik-Massagen « F .___ ») enthalten sind , als auch nicht ordnungsgemäss chronologisch geordnet. Namentlich sind die Akten nicht paginiert , was den Verweis darauf erheblich erschwert (so zum Beispiel für die Beilagen in Urk. 7/27) . Der Beschwerdegegner ist darauf hinzuweisen, dass ihm eine Verpflichtung obliegt, ein vollständiges und geordnetes Aktendossier über das Verfahren zu führen und dem Gericht einzureichen. 5. 5.1

Das Gericht kann die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen, besonders wenn mit dem angefochtenen Entscheid nicht auf die Sache eingetreten oder der Sachverhalt ungenügend festgestellt wurde (§ 26 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Gemäss ständiger Rechtsprechung ist in der Regel von der Rückweisung – da diese das Verfahren verlängert und verteuert – abzusehen, wenn die Rechtsmittelinstanz den Prozess ohne wesentliche Weiterungen erledigen kann. In erster Linie kommt eine Rückweisung in Frage, wenn der Versicherungsträger auf ein Begehren überhaupt nicht eingetreten ist oder es ohne materielle Prüfung abgelehnt hat, wenn schwierige Ermessensentscheide zu treffen sind, oder wenn der entscheid relevante Sachverhalt ungenügend abgeklärt ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts U 209/02 vom 10. September 2003 E. 5.2). 5.2

Auf Grund der vorliegenden (und unvollständigen) Aktenlage lassen sich die Fragen nach der Stellung der Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin im Sinne der Voraussetzungen für die Kurzarbeit beziehungsweise

nach einem Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und den Erotikdamen sowie nach den übrigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, insbesondere jene des anrechenbaren Arbeitsausfalls, über die hier relevante Zeitperiode nicht schlüssig beurteilen (vgl. vorstehend E. 3) . Der angefochtene Entscheid vom 5. April 2022 (Urk. 2) ist daher aufzuheben , und die Sache ist an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit er weitere Abklärungen im Sinne der Erwägungen tätige und die Akten paginiere. Anschliessend hat er über die Frage der Kurzarbeitsentschädigung für das « Y. ___ » neu zu entscheiden. Folglich kann auch die Frage offengelassen werden, ob eine – von der Beschwerdeführerin geltend gemachte (Urk. 1 S. 8)

- Gehörsverletzung vorliegt , sowie diejenige nach der Rechtmässigkeit der wiedererwägungsweise aufgehobenen Verfügungen vom 13. August 2020 sowie 7. und 23. Januar 2021 (vgl. dazu aber immerhin E. 1.4) . 6.

Gemäss §

34 Abs.

1 GSVGer hat die obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Nach ständiger Rechtsprechung gilt die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur weiteren Abklärung und neuen Verfügung sowohl für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als vollständiges Obsiegen (BGE 137 V 57; vgl. auch BGE 141 V 281 E. 11.1 mit Hinweis), weshalb die vertretene Beschwerdeführer in Anspruch auf eine Prozessentschädigung hat.

Diese ist beim praxisgemässen Stundenansatz von Fr.

220.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) auf Fr . 2'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen und vom Beschwerdegegner zu bezahlen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid des Amtes für Wirtschaft und Arbeit (AWA) vom 5. April 2022 aufgehoben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückgewiesen wird, damit er im Sinne der Erwägungen verfährt und hernach neu verfüge. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Christa Rempfler - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) - seco - Direktion für Arbeit - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich 5.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die Vorsitzende Der Gerichtsschreiber Grieder-Martens Brühwiler

E. 4.3

mit Hinweis auf die Urteile des Bundesgerichts 9C_347/2013 vom 3.

Juli 2013 E.

5.3 und 9C_246/2011 vom 22.

November 2011 E.

3 und 6; vgl. Bundesamt für Migration [BFM], Bericht zur Rotlichtproblematik vom Januar 2012, S.

E. 6

Im vorliegenden Fall ist fraglich, ob die Erotikdamen diese Voraussetzungen erfüllen. In den Akten findet sich hinsichtlich Aufenthaltsstatus der Erotikdamen lediglich die Einsatzliste des « Y.____ » vom März 2020 (Urk. 7/27 Beilage 1). Darin ist für 19 Erotikdamen die jeweilige Aufenthaltsbewilligung aufgeführt: 2 schweizerische Staatsbürgerschaften, 4 B-Bewilligungen, 2 C-Bewilligungen und 11 L-Bewilligungen. Gemäss dieser Liste reichen die Bewilligungstage für den überwiegenden Teil nur bis Ende März 2020. Hinzu kommt, dass vier Personen über eine L-Bewilligung und sieben über eine zugesicherte L-Bewilligung (Lz) verfügen, mithin nicht über eine ordentliche L-Bewilligung, welche einen Arbeitsvertrag von mehr als drei Monaten aber weniger als einem Jahr Dauer voraussetzt.

Ebenso herrscht Unklarheit hinsichtlich der Quellensteuerpflicht. So waren beispielsweise

den

eingereichten Abrechnungen für Mai bis August 2020 sechs Erotikdamen von der Quellensteuer ausgeschlossen, das heisst, sie wechselten in die ordentliche Besteuerung (Urk. 13/6-9). Weshalb dann weiterhin von der Beschwerdeführerin für diese dort aufgeführten Personen in den jeweiligen Monatsabrechnungen (Abrechnungsperiode Mai bis August 2020; Urk. 7/27 Beilagen 17-20) beziehungsweise den jeweiligen «Vereinbarung/Verrechnungsanzeigen» Quellensteuer erhoben und abgerechnet wurde, erscheint nicht nachvollziehbar.

Des Weiteren ist über die restlichen 6 Erotikdamen (von 25 von der Beschwerdeführerin gemeldet) und deren Aufenthaltsstatus beziehungsweise Arbeitsbewilligung nichts bekannt. Über welche Bewilligung sie verfügen beziehungsweise verfügten, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Die Aufenthaltsbewilligung ist von Relevanz, hat doch das Bundesgericht im Entscheid BGE 147 V 359 festgehalten, dass bei Sexarbeiterinnen, die im Meldeverfahren in der Schweiz in einem Sex-Club tätig seien und daher längstens für die Dauer von 90 Tagen im Jahr für den gleichen Club arbeiten könnten, kein Anspruch auf Kurzarbeit bestehe, da die gegebenen Beschäftigungsverhältnisse nicht unter die Bestimmung von Art. 4 Abs. 1 oder Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung fielen (E. 3 und 4).

Zudem finden sich auf der eingereichten Monatsliste Juli 2020 mit den Namen und Künstlernamen der Erotikdamen sowie den Einsatztagen und dem Vergütungsanspruch diverse Hinweise, wonach gewisse Erotikdamen nicht mehr anwesend gewesen seien («nicht mehr da» bzw. «nicht da, schwanger»; Urk. 7/27 Beilage 19). Darüber hinaus wurden offenbar ab 1. Oktober 2020 die vorhandenen Kurzaufenthaltsbewilligungen durch das kantonale Migrationsamt nicht mehr verlängert und die betroffenen Personen aufgefordert, sich abzumelden (Urk. 7/3 S. 3). Inwiefern sich diese migrationsrechtliche Massnahme vorliegend auswirkte, lässt sich mangels liquider Akten nicht eruieren.

Damit kann nicht rechtsgenügend erstellt werden, wie es sich genau mit der (legalen) Aufenthaltssituation /Anwesenheit beziehungsweise Arbeitsbewilligung

und dem daraus resultierenden Beginn und einer allfälligen Befristung der Tätigkeit der einzelnen

Erotikdamen für die im Streit

liegenden zeitlichen Verhältnisse (17. März bis 31. August 2020, 9. November bis 8. Mai 2021 und darüber hinaus) verhält. Die Behauptung, die Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung jeder einzelnen Dame könne nachgewiesen werden beziehungsweise der offerierte Beweis der Beschwerdeführerin, wonach die migrationsrechtlichen Unterlagen bei ihr im Büro eingesehen werden könnten (Urk. 7/27 S. 5 Ziff. 3), reicht hierzu nicht aus. Es obliegt der Beschwerdeführerin, hier zur rechtlichen Klärung beizutragen und die jeweiligen Bewilligungen über die gesamte hier im Streit liegende Zeitdauer zu belegen.

E. 7

), notabene während der Zeit, als aufgrund des bundesrätlichen Beschlusses unter anderem für die Erotikbetriebe in Lockdown galt. Auf den Listen für Juni und Juli 2020, als die Betriebe wieder eingeschränkt öffnen durften (ab 6. Juni 2020; vgl. Urk. 7/27 Beilage 18), fehlen diese Angaben (Urk. 7/27 Beilage 1).

E. 8

- 19), und für die Zeitperioden hernach existieren gar keine Listen. Auffällig ist zudem, dass gemäss monatlicher «Vereinbarung/Verrechnungsanzeige» der Bruttolohn, die Abzüge der Sozialversicherungsbeiträge, die erhobene Quellensteuer, die Verwaltungskosten, die Reserven für den Club und die Kurzarbeitsentschädigung basierend auf einem Bruttolohn von Fr. 4'200.-- aufgeführt sind, diese Beträge indes mit den Listen für die Einsatztage pro Monat nicht korrespondieren (vgl. Urk. 7/27 Beilage 15 - 17), mithin die effektiven Zahlungen weder transparent noch nachvollziehbar sind.

Ebenso fehlt eine Bestätigung, wonach die betroffenen Erotikdamen mit der Einführung von Kurzarbeit einverstanden waren. Die von der Beschwerdeführerin als Beweis aufgelegte «Abrechnung Kurzarbeit/Vereinbarung/Verrechnungsanzeige» der Monate April bis August 2020 (Urk. 7/27 Beilage 13) betrifft einerseits einen anderen Club («A.____») und andererseits war die aufgeführte Erotikdame – soweit den Akten entnommen werden kann – nicht im «Y.____» tätig. Ebenso wird auf der «Vereinbarung/Verrechnungsanzeige» des «Y.____» der Monate März bis August 2020 eine Einwilligung der anspruchsberechtigten Personen, wonach anfallende Verwaltungskosten in Form einer Pauschale von Fr. 200.-- pro Monat und Person direkt von der Kurzarbeitsentschädigung in Abzug gebracht werden, lediglich behauptet. Hinzu kommt die Frage der

zulässigen Verrechnung mit den noch offenen Mehrwertsteuerbeträgen für erotische Dienstleistungen (Urk. 7/27 Beilage 15 - 20).

Schliesslich ist unklar, weshalb zum Beispiel die Erotikdame

B.____, Künstlername C.____, auf der Lohnsumme für den Monat März 2020 sowie der entsprechenden Liste für Kurzarbeitsentschädigung figuriert (Urk. 7/27 Beilage 15), wenn sie gemäss Einsatzliste für den Monat März 2020 (bis zur Schliessung per 17. März 2020) keine Einsatztage geleistet hat, ja gemäss Beschwerdeführerin nicht einmal

im Club erschienen sei (Urk. 7/14 S. 14 - 16; Urk. 7/27 Beilage 2).

3.

E. 10

Nach Gesagtem können die Fragen nach der Arbeitgeberstellung der Beschwerdeführerin beziehungsweise nach

einem Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und den jeweiligen Erotikdamen gestützt auf die vorhandenen Akten nicht rechtsgenügend beurteilt werden. Ebenso ist der anrechenbare Arbeitsausfall nicht genügend nachweisbar, weder in Bezug auf eine allfällige Befristung der Tätigkeiten noch in Bezug auf die Bestimmbarkeit des Ausfalls oder die Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit. Die Streitsache ist daher nicht spruchreif und bedarf der Ergänzung.

Zwar hat der Beschwerdegegner mit Schreiben vom 4. Mai 2021 (Urk. 7/20) auf die Mitwirkungspflicht gemäss Art. 43 Abs. 3 ATSG (vgl. vorstehend E. 1. 8) indirekt hingewiesen, indem er ausführte, dass bei Fehlen beziehungsweise verspäteter Beibringung

der im Schreiben erwähnten Unterlagen zur zweifels freien Feststellung der Arbeitgeberstellung sämtliche an die Beschwerdeführerin erteilten Bewilligungen in Wiedererwägung gezogen werden müssten und keine weiteren Bewilligungen für die Voranmeldung von Kurzarbeit mehr erteilt werden könnten (S. 2 am Schluss). Diese Aufforderung zur Aktenvervollständigung erging indes für insgesamt 14 Erotik-Clubs, nicht aber für das « Y.____ », welches auf der Liste nicht aufgeführt war. In Anbetracht dessen und des Umstandes, dass gewisse Belege für die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung vorliegen beziehungsweise auf eine solche hindeuten könnten sowie für Fragen zur Anwesenheit beziehungsweise Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung der jeweiligen Erotikdamen zumindest Beweise offeriert wurden, erscheint es vorliegend auch unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt, die Lücken in einem neuerlichen Verwaltungsverfahren zu ergänzen beziehungsweise schliessen zu lassen. 4.

E. 12

des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG), welche Norm den behördlichen Untersuchungsgrundsatz statuiert, zu dessen Teilaspekten die Aktenführungspflicht gehört, und Art.

26 VwVG, worin der Anspruch auf Akteneinsichtsrecht festgehalten wird, näher definiert. Die entsprechende Ausgestaltung findet über Art.

55 Abs.

1 in Verbindung mit Art.

46 ATSG auch auf das Verfahren vor den Versicherungsträgern nach ATSG Anwendung. Sie beinhaltet zum einen die Pflicht der Vollständigkeit der geführten Akten. Die Behörde hat alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann. Ferner sind die Unterlagen von Beginn weg in chronologischer Reihenfolge abzulegen; bei Vorliegen eines Gesuchs um Akteneinsicht und spätestens im Zeitpunkt des Entscheids ist das Dossier zudem durchgehend zu paginieren. Sodann ist in der Regel ein Aktenverzeichnis zu erstellen (anders für die Gerichte: Urteil des Bundesgerichts 5A_341/2009 vom 30.

Juni 2009 E.

5.2), welches eine chronologische Auflistung sämtlicher in einem Verfahren gemachter Eingaben zu enthalten hat. Es besteht im Detail aus einer Laufnummer, der Anzahl Seiten jedes erfassten Dokumentes, dem Eingangsdatum des Dokumentes, einer Dokumenten-ID sowie einer kurzen Beschreibung der Dokumentart oder dessen Inhalts (Urteil des Bundesgericht 8C_319/2010 vom 15. Dezember 2010 E.

2.2.2).

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