



**Fall-Nr.:** AVI 2020/24  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 17.11.2021  
**Entscheiddatum:** 28.04.2021

### **Entscheid Versicherungsgericht, 28.04.2021**

**Art. 31 Abs. 1, Art. 36 Abs. 1 AVIG, Art. 8b Abs. 1 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung. Kurzarbeitsentschädigung. Rückwirkende Anmeldung infolge "Lockdowns". Mit Art. 8b Abs. 1 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung wurde lediglich auf die Voranmeldefrist verzichtet. Indessen war eine Anmeldung von Kurzarbeit weiterhin nur ex nunc möglich. Da die Zulassung von befristet angestellten Personen zur Kurzarbeit sowie der Verzicht auf die Voranmeldefrist erst nach Inkrafttreten der pandemiebedingten Einschränkungen erfolgte, ist den Arbeitgebenden ausnahmsweise eine zeitlich befristete Möglichkeit einzuräumen, die Anmeldung nachzuholen. Die in der Seco-Weisung 2020/06 vorgesehene Frist bis am 31. März 2020 erweist sich als sachangemessen, weshalb die Regelung als bundesrechtskonform anzusehen ist (E. 3.4) (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 28. April 2021, AVI 2020/24). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C\_463/2021.**

#### **Entscheid vom 28. April 2021**

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen Michaela Machleidt Lehmann und Corinne Schambeck; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Geschäftsnr.

AVI 2020/24

Parteien

**A. \_\_\_ AG,**



## St.Galler Gerichte

### Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt M.A. HSG Ivo Hartmann, Gründer & Partner  
Rechtsanwälte AG, Schützengasse 10, Postfach 717, 9001 St. Gallen,

gegen

**Amt für Wirtschaft und Arbeit**, Rechtsdienst, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen,

### Beschwerdegegner,

Gegenstand

### Kurzarbeitsentschädigung (Voranmeldeverfahren; COVID-19-Verordnung)

#### Sachverhalt

##### A.

**A.a.** Die A.\_\_\_\_ AG reichte am 24. März 2020 (Datum Postaufgabe) beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen eine Voranmeldung für Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb und für den Zeitraum vom 14. März 2020 bis zum 30. Juni 2020 ein. Dabei gab sie zunächst an, sie beschäftige insgesamt 115 Mitarbeitende, davon 114 in unbefristeten Arbeitsverhältnissen. Zur Begründung gab sie an, die A.\_\_\_\_ AG sei im B.\_\_\_\_ tätig und führe eine C.\_\_\_\_, die der D.\_\_\_\_ angehöre. Der Trainingsbetrieb sei auf Grund der vom Bundesrat ausgerufenen ausserordentlichen Lage am 14. März 2020 vollumfänglich eingestellt worden (act. G 3.1/A1).

**A.b.** Mit Verfügung vom 2. April 2020 bewilligte das Amt für Wirtschaft und Arbeit unter Vorbehalt der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen die Kurzarbeit ab dem 26. März 2020. Es begründete dies damit, dass für Voranmeldungen, die vor dem 26. März 2020 der Post übergeben worden seien, eine Frist von mindestens drei Tagen einzuhalten sei. Seit dem 26. März 2020 müsse keine Voranmeldefrist mehr abgewartet werden (act. G 3.1/A2).



**A.c.** Mit Einsprache vom 21. April 2020 beantragte die A.\_\_\_\_ AG die Aufhebung dieser Verfügung. Sodann sei ihr ab dem 17. März 2020 Kurzarbeitsentschädigung auszurichten. Sie habe erst durch die dringliche Veröffentlichung der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung am Freitag, 20. März 2020, Kenntnis davon erlangt, dass auch ein Arbeitsausfall anrechenbar sei, soweit er Personen betreffe, die in einem befristeten Arbeitsverhältnis ständen. Diese Verordnung sei gemäss ausdrücklicher Anordnung rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft getreten. Die Auslegung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit würde keinen Sinn ergeben, wenn die Kurzarbeitsentschädigung dennoch frühestens auf den 26. März 2020 beantragt werden könne. Stichtag für die Gewährung von Kurzarbeitsentschädigung für Angestellte in einem befristeten Arbeitsverhältnis müsse der 17. März 2020 sein (act. G 3.1/A3).

**A.d.** Mit Entscheid vom 20. Mai 2020 hiess das Amt für Wirtschaft und Arbeit die Einsprache teilweise gut und erhob gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung im Zeitraum vom 24. März 2020 bis zum 23. September 2020 keinen Einspruch. Der Bundesrat habe die COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung am 20. März 2020 erlassen und rückwirkend per 17. März 2020 in Kraft gesetzt. Am 25. März 2020 habe er sodann die Voranmeldefrist von bis dahin mindestens drei Tagen abgeschafft und diese Bestimmung am 26. März 2020, 0:00 Uhr, in Kraft gesetzt. Ab dem 26. März 2020 habe deshalb die Kurzarbeit per sofort (vor-)angemeldet werden können. Auf Kurzarbeit, die vor dem 26. März 2020 eingeführt bzw. vorangemeldet worden sei, habe diese Verordnungsänderung zunächst keine Auswirkung gehabt. Am 8. April 2020 habe der Bundesrat verordnet, dass sämtliche Änderungen und Erleichterungen im Bereich der Arbeitslosenversicherung rückwirkend ab 1. März 2020 bis zum 31. August 2020 gälten. Diese rückwirkende Aufhebung der Voranmeldefrist ändere jedoch nichts daran, dass die Kurzarbeit (vor-)angemeldet werden müsse. Entgegen der Ansicht der Einsprecherin wäre für die unbefristet angestellten Mitarbeitenden eine Voranmeldung von Kurzarbeit bereits vor Erlass der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung möglich gewesen. Eine rückwirkende Voranmeldung von Kurzarbeit bzw. die rückwirkende Beantragung von Kurzarbeitsentschädigung sei ausgeschlossen. Massgebend für die Voranmeldung sei somit das Datum der Postaufgabe, vorliegend mithin der 24. März 2020 (act. G 3.1/A4).



## St.Galler Gerichte

**A.e.** Am 27. Mai 2020 reichte die A.\_\_\_\_ AG eine korrigierte Voranmeldung ein, worin sie nunmehr angab, die Belegschaft umfasse 114 befristete (und ein gekündigtes), jedoch keine unbefristeten Arbeitsverhältnisse (act. G 1.2).

### **B.**

**B.a.** Gegen den Einspracheentscheid richtet sich die Beschwerde vom 17. Juni 2020 mit dem Antrag auf dessen Aufhebung. Der Beschwerdeführerin sei die Kurzarbeitsentschädigung bereits ab dem 13. März 2020, eventuell ab dem 17. März 2020 auszurichten. Zunächst stellte sie nochmals klar, dass die Beschwerdeführerin bei einem Gesamtpersonalbestand von 115 Personen insgesamt 114 befristete Arbeitsverhältnisse aufweise. Es habe damals nur ein unbefristetes, jedoch gekündigtes Arbeitsverhältnis gegeben. Die im Antragsformular gemachten Angaben beruhten auf einem Verschieb. Zur Begründung ihrer Anträge bringt die Beschwerdeführerin vor, die Argumentation des Beschwerdegegners, wonach die rückwirkende Aufhebung der Voranmeldefrist nichts daran ändere, dass Kurzarbeit (vor-)angemeldet werden müsse, verstosse gegen den klaren Wortlaut, gegen die Systematik sowie gegen den Sinn und Zweck der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung. Diese Notverordnung mitsamt deren Art. 4 sei rückwirkend per 17. März 2020 in Kraft getreten; die Rückwirkung sei anschliessend gar auf den 1. März 2020 ausgedehnt worden. Folglich gewähre die Notverordnung auf Grund des klaren Wortlauts von Art. 4 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung spätestens ab dem 17. März 2020 bzw. auf Grund der nachträglich erfolgten weiteren Ausdehnung gar ab dem 1. März 2020 ausdrücklich einen ausnahmsweisen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für befristet angestellte Mitarbeitende. Dies ergebe sich auch durch die teleologische Auslegung, treffe doch die wirtschaftliche Ausnahmesituation Personen in befristeten Arbeitsverhältnissen gleichermassen stark wie jene, die in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen. Es sei darum gegangen, die gleichermassen betroffenen Arbeitnehmer und Betriebe betreffend den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung mit den unbefristet angestellten Mitarbeitenden gleichzustellen. Angesichts der sich überschlagenden Ereignisse im März 2020 habe das erforderliche Notverordnungsrecht nicht schnell genug erlassen und veröffentlicht werden können. Daraus sollte den Angestellten und Betrieben jedoch kein Nachteil erwachsen. Es wäre nicht



nachvollziehbar, wenn der Anspruch erst ab dem Zeitpunkt der dringlichen Veröffentlichung der COVID-19-Verordnung am 20. März 2020 bestände, da eine vorgängige Anmeldung gar nicht möglich gewesen sei. Zum selben Ergebnis führten auch systematische Überlegungen. Bei der Voranmeldefrist handle es sich um eine Verwirkungsfrist, deren Nichteinhaltung zur Folge habe, dass der Arbeitsausfall erst nach Ablauf der Voranmeldefrist anrechenbar sei (Art. 58 Abs. 4 AVIV). Diese Bestimmung habe somit zwangsläufig ausser Kraft gesetzt werden müssen, damit der rückwirkend zuerkannte KAE-Anspruch für befristet angestellte Personen nicht illusorisch würde. In Art. 8b COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung werde aber eine Voraussetzung einer (Vor-)Anmeldung mit keiner Silbe angesprochen. So halte auch der Bundesrat ausdrücklich fest, dass die Arbeitnehmenden die Kurzarbeitsentschädigung sogleich ab dem Tag der Voranmeldung bzw. „ab dem Tag der Schliessung des Betriebs beziehen“ könnten. Es genüge offensichtlich bereits der faktische Umstand einer Betriebsschliessung. Das angebliche Erfordernis einer (Vor-)Anmeldung halte schliesslich auch vor der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101, BV) nicht stand. Es würde vielmehr auf eine systematische Benachteiligung von Betrieben mit überwiegend befristet angestellten Personen hinauslaufen. Zusammenfassend sei somit der faktische Umstand der Betriebsschliessung für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung massgebend. Dies sei bei der Beschwerdeführerin der 13. März 2020 gewesen, nachdem der Bundesrat das Verbot per 13. März 2020 weiter verschärft und Veranstaltungen mit über 100 Personen (richtig: mit 100 Personen oder mehr) erlassen habe. Eventualiter sei von einem Anspruchsbeginn am 17. März 2020 auszugehen. Gemäss der aktualisierten Weisung 2020/06 des Seco „Sonderregelungen aufgrund der Pandemie“ habe der Arbeitgeber keine Voranmeldefrist abzuwarten. Bei verspätet eingereichten Anträgen werde jedoch als Eingangsdatum der 17. März 2020 gesetzt, wenn der Betrieb auf Grund der behördlichen Massnahmen habe schliessen müssen und seinen Antrag vor dem 31. März 2020 eingereicht habe. Soweit diese Vollzughilfe von der oben skizzierten Auslegung abweiche und den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bei fehlender vorzeitiger (Vor-)Anmeldung erst ab dem 17. März 2020 zulasse, erweise sie sich als bundesrechtswidrig. Massgebend sei einzig der Zeitpunkt, in dem ein Betrieb von der Schliessung betroffen sei. Die Festsetzung eines Stichtages (17. März 2020) sei



willkürlich. Sollte das Gericht zur Auffassung gelangen, dass die Weisung bundesrechtskonform sei und im Falle einer fehlenden vorzeitigen (Vor-)Anmeldung der 17. März 2020 als Stichtag gelten würde, wäre erstellt, dass die Beschwerdeführerin spätestens ab diesem Zeitpunkt massiv von den Veranstaltungs- und Trainingsverboten betroffen gewesen sei. Spätestens ab diesem Zeitpunkt sei ihr Betrieb formell komplett eingestellt gewesen. Die Beschwerdeführerin sei damit analog einem Gastronomiebetrieb unmittelbar von den Veranstaltungsverboten und dem umfassenden Verbot von Vereinsaktivitäten sowie den Hygiene- und Abstandsvorschriften betroffen gewesen. Die Beschwerdeführerin sei sich bewusst, dass mit den gestellten Anträgen eine Ausdehnung des Streitgegenstandes erfolge. Sie erachte dies jedoch als zulässig, da die beantragte Ausdehnung einen engen sachlichen Zusammenhang aufweise. Fraglich sei einzig, ob der Anspruch anstatt ab 17. März 2020 bereits ab dem 13. März 2020 bestanden habe. Es handle sich mithin nicht um eine sachliche, sondern um eine (rückwirkende) zeitliche Ausdehnung. Es stellten sich zudem nur Rechtsfragen. Um einen unnötigen prozessualen Leerlauf zu vermeiden, sei sogleich über das erweiterte Begehren zu entscheiden (act. G 1).

**B.b.** Mit Beschwerdeantwort vom 25. August 2020 beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde. Mit den wiederholten Änderungen der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung sei der Bundesrat gestützt auf Notrecht vom Gesetz abgewichen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin könne aus der rückwirkenden Aufhebung von Karenzzeit und Voranmeldefrist nicht geschlossen werden, der Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung sei im Zeitraum vom 1. März 2020 bis zum 31. Mai 2020 unabhängig vom Zeitpunkt der Einreichung der Voranmeldung generell ab jenem Zeitpunkt zuzustimmen gewesen, in dem der Arbeitsausfall entstanden sei. Die Aufhebung der Voranmeldefrist sei nicht mit einem Verzicht auf die Voranmeldung und der Zulassung einer nachträglichen Anmeldung von Kurzarbeit gleichzusetzen. Hätte der Bundesrat die nachträgliche Anmeldung der Kurzarbeit zulassen wollen, hätte er dies ohne Weiteres in der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung bestimmen und dabei auch den zeitlichen Umfang der Rückwirkung regeln können. Nachdem der Bundesrat dem Seco keine Kompetenz eingeräumt habe, mittels Weisung vom klaren Wortlaut der COVID-19-Verordnung abzuweichen, seien weder der Stichtag 17. März 2020 noch der Zeitraum der



Rückwirkung (vor dem bzw. bis zum 31. März 2020) bundesrechtskonform. Im Gegensatz zum Gericht sei die Verwaltung jedoch an diese Weisung gebunden. Letztlich sei nur unter dem Gesichtspunkt der Fristwiederherstellung zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin oder ihre Vertretung unverschuldeterweise abgehalten worden sei, binnen Frist zu handeln. Die nachträgliche Anerkennung der Anspruchsberechtigung von befristet angestellten Personen könnte dann einen Fristwiederherstellungsgrund setzen, wenn bei der Beschwerdeführerin ausnahmslos alle Arbeitnehmenden befristet angestellt gewesen seien und sie deshalb bis zum 20. März 2020 habe davon ausgehen müssen, dass sie keinerlei Kurzarbeitsentschädigung beziehen könne. Sei jedoch auch nur eine Person unbefristet angestellt und damit anspruchsberechtigt gewesen, falle eine Fristwiederherstellung ausser Betracht (act. G 3).

**B.c.** Mit Replik vom 5. November 2020 führt die Beschwerdeführerin aus, der Beschwerdegegner setze sich nicht mit ihren Ausführungen betreffend Auslegung der COVID-19-Verordnung auseinander. Insbesondere setze er sich nicht mit dem Argument auseinander, dass der ausdrücklich für die befristet angestellten Personen verordnete rückwirkende Verzicht auf die Voranmeldefrist keinen Sinn ergäbe, wenn mit ihm nicht auch ein Absehen von der vorzeitigen (Vor-)Anmeldung selber verbunden gewesen wäre. Der Bundesrat halte denn auch fest, dass die Arbeitnehmenden die Kurzarbeitsentschädigung ab dem Tag der Schliessung des Betriebs und damit rückwirkend beziehen könnten. Dieses Ergebnis folge schliesslich auch aus Überlegungen der Rechtsgleichheit und einer verfassungskonformen Auslegung der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung. Vor diesem Hintergrund bestehe für die Behauptung des Beschwerdegegners kein Raum, wonach der Bundesrat bewusst keinen rückwirkenden Anspruch vorgesehen habe. Hätte er diese Absicht gehabt, hätte er Art. 4 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung von der Rückwirkung ausgenommen. Es bestehe somit eine positive Anordnung, womit von vornherein kein qualifiziertes Schweigen vorliege. Diesen Entscheid habe der Bundesrat anschliessend erneut bekräftigt, indem er die Rückwirkung der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung weiter auf den 1. März 2020 ausgedehnt habe. Dass der Beschwerdegegner die Seco-Weisung für rechtswidrig halte, erstaune. Zudem habe er die Praxis, an die er sich gebunden fühle, im konkreten Fall gerade nicht angewendet.



Der Beschwerdegegner verkenne schliesslich, dass die Beschwerdeführerin nicht um eine Fristwiederherstellung ersucht habe. Sie mache vielmehr geltend, dass sie gegenüber Betrieben, die vorwiegend unbefristet angestellte Arbeitnehmende beschäftigen, rechtsungleich behandelt werde, da sie im relevanten Zeitpunkt, d.h. ab dem 13. März 2020, noch keine Veranlassung gehabt habe, eine (Vor-)Anmeldung einzureichen. Daran vermöge auch der nun festgestellte Umstand nichts zu ändern, dass die Beschwerdeführerin auch unbefristet angestellte Personen beschäftigt habe (act. G 9). Der Beschwerdegegner verzichtet auf eine weitere Stellungnahme (act. G 11).

### Erwägungen

#### 1.

Die Beschwerdeführerin machte den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Periode März 2020 am 27. Mai 2020 bei der Arbeitslosenkasse geltend (act. G 1.3). Damit hat sie die Kurzarbeitsentschädigung rechtzeitig zur Abrechnung eingereicht (Art. 38 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]), weshalb die Beschwerde materiell zu behandeln ist (vgl. BGE 124 V 75).

#### 2.

**2.1.** Arbeitnehmende, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben unter den in Art. 31 Abs. 1 lit. a - d AVIG genannten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung setzt gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG unter anderem voraus, dass der Arbeitsausfall anrechenbar ist. Gemäss Art. 32 Abs. 1 AVIG ist ein Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (lit. a) und pro Abrechnungsperiode mindestens 10 Prozent der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmenden des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden (lit. b). Kleinere Beschäftigungsschwankungen hat der Arbeitgeber selbst zu tragen.

**2.2.** Gemäss Art. 36 Abs. 1 AVIG muss ein Arbeitgeber, der beabsichtigt für seine Arbeitnehmenden Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, dies der kantonalen Amtsstelle mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit schriftlich voranmelden. Der Bundesrat kann für Ausnahmefälle kürzere Voranmeldefristen vorsehen. Die Frist



zur Voranmeldung von Kurzarbeit ist eine Verwirkungsfrist. Bei verspäteter Meldung ohne entschuldbaren Grund ist der Arbeitsausfall erst dann anrechenbar, wenn die für die Meldung notwendige Anmeldefrist abgelaufen ist (Art. 58 Abs. 4 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).

**2.3.** Mit Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19; COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033, AS 2020 877) wurden in Bezug auf die Kurzarbeit gegenüber dem Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung diverse Erleichterungen eingeführt. So wurden namentlich der anspruchsberechtigte Personenkreis erweitert, indem neu auch arbeitgeberähnliche Personen und ihre Ehegatten sowie Personen in befristeten Arbeitsverhältnissen, Lehrarbeitsverhältnissen oder die im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit stehen, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben (Art. 1, 2 und 4 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Zudem wurde etwa das Erfüllen einer Karenzzeit ausgesetzt (Art. 3 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Die Verordnung wurde rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft gesetzt (Art. 9 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). In der Fassung vom 26. März 2020 (AS 2020 1075) bestimmte der Bundesrat, dass die Arbeitgebenden in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG und Art. 58 Abs. 1 bis 4 AVIV für die Anmeldung von Kurzarbeit keine Voranmeldefrist abwarten müssen, wenn sie beabsichtigen, für ihre Arbeitnehmenden Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen. Zudem war eine telefonische Voranmeldung mit anschliessender schriftlicher Bestätigung möglich (Art. 8b Abs. 1 und 2 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). In der Fassung vom 9. April 2020 (AS 2020 1201) bestimmte der Bundesrat schliesslich, dass diese einschliesslich der bisher ergangenen Änderungen rückwirkend per 1. März 2020 in Kraft gesetzt werde (Art. 9 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Mit Änderung vom 20. Mai 2020 wurde Art. 8b der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung per 1. Juni 2020 wieder aufgehoben (AS 2020 1777).

**2.4.** Mit der Weisung 2020/06 vom 9. April 2020 bestimmte das Staatssekretariat für Wirtschaft Seco, dass bei verspätet eingereichten Anträgen das Eingangsdatum 17. März 2020 gesetzt werde, wenn der Betrieb auf Grund der behördlichen Massnahmen habe schliessen müssen und seinen Antrag vor dem 31. März 2020 (Eingangsdatum/Poststempel) eingereicht habe (S. 7 Seco-Weisung 2020/06).



**2.5.** In der Weisung 2020/10 vom 22. Juli 2020 führte das Seco aus, in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG sowie Art. 58 Abs. 1 bis 4 AVIV sei in der Zeit vom 1. März 2020 bis 31. Mai 2020 keine Voranmeldefrist zu berücksichtigen gewesen. Diese Regelung gelte auch für Betriebe, die für den Monat März bereits Bewilligungen mit einer Voranmeldefrist von drei Tagen erhalten hätten. Bei verspätet eingereichten Anträgen, die bis zum 31. März 2020 (Eingangsdatum/Poststempel) eingereicht worden seien und die sich auf Betriebsschliessungen (behördliche Massnahmen) beziehen würden, könne das Datum der behördlichen Massnahme (in der Regel sei das der 17. März 2020, aber z.B. bei einem Skigebiet der 13. März 2020) als Eingangsdatum gesetzt werden. Falls bisher für den Vormonat einzig aus dem Grund, dass weitere Anspruchsgruppen erst zu einem späteren Zeitpunkt neu zu den Berechtigten zählten, keine Kurzarbeitsentschädigung beantragt worden sei, könne die Voranmeldung für den Vormonat auch rückwirkend erfolgen. Die Gewährung von Kurzarbeitsentschädigung im Zusammenhang mit dem Coronavirus erfolge in einem summarischen Verfahren rasch und unbürokratisch. Diese Erleichterung betreffe insbesondere die auf dem Formular "Covid-19 Voranmeldung Kurzarbeit" zu beantwortenden Fragen (S. 14 f. Seco-Weisung 2020/10).

### **3.**

**3.1.** Im angefochtenen Einspracheentscheid vom 20. Mai 2020 stimmte der Beschwerdegegner (unter Vorbehalt der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen) nunmehr der Auszahlung von Kurzarbeit ab dem 24. März 2020 zu. Umstritten und vorliegend zu beurteilen ist somit, ob die Beschwerdeführerin bereits ab dem beantragten Zeitpunkt vom 13. März 2020 einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung geltend machen kann.

**3.2.** Der Beschwerdegegner begründete die ursprüngliche Verfügung damit, dass die Voranmeldefrist erst mit der Novelle der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vom 26. März 2020 weggefallen sei, weshalb vor diesem Datum eine Voranmeldefrist von mindestens drei Tagen einzuhalten gewesen sei (Art. 58 Abs. 1 AVIV [plötzlich eintretende Umstände]). Im vorliegend angefochtenen Einspracheentscheid - und damit nach der Novelle vom 9. April 2020 - gesteht er nunmehr zu, dass auch für vor dem 26. März 2020 beantragte Kurzarbeitsentschädigung keine Voranmeldefrist mehr gelte. Indessen ändere die rückwirkende Aufhebung der Voranmeldefrist nichts daran, dass die Kurzarbeit (vor-)angemeldet werden müsse und die Kurzarbeitsentschädigung somit nicht rückwirkend für die Zeit vor der Anmeldung ausgerichtet werde. In der Beschwerdeantwort vom 25. August 2020 führt er schliesslich aus, die Weisung des



Seco 2020/06 vom 9. April 2020 sei insofern gesetzeswidrig, als es für die rückwirkende Berücksichtigung der Voranmeldung keine Grundlage in Gesetz und Verordnung gebe. Damit seien weder der Stichtag 17. März 2020 noch der Zeitraum der Rückwirkung (vor bzw. bis zum 31. März 2020) bundesrechtskonform. Demgegenüber geht die Beschwerdeführerin davon aus, dass die COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung zunächst rückwirkend auf den 17. März 2020, später sogar rückwirkend auf den 1. März 2020 in Kraft gesetzt worden sei, was auch für Art. 4 Gültigkeit habe. Es bestehe somit ab dem 17. März 2020 bzw. ab dem 1. März 2020 ein ausnahmsweiser Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für befristet angestellte Mitarbeitende.

**3.3.** Zwar trifft zu, dass der Bundesrat den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung rückwirkend per 17. bzw. 1. März 2020 auf Personen in befristeten Arbeitsverhältnissen ausgedehnt hat. Dies berührt jedoch lediglich die Frage des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung, nicht jedoch die Frage nach dem Anmeldeverfahren. Diesbezüglich hat der Bundesrat mit der Novelle vom 26. März 2020 nach dem klaren Wortlaut von Art. 8b Abs. 1 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung lediglich auf die Einhaltung der sonst erforderlichen Voranmeldefrist von 10 respektive 3 Tagen (Art. 36 Abs. 1 AVIG, Art. 58 Abs. 1 AVIV), nicht jedoch auf die Voranmeldung an sich, verzichtet (vgl. auch - den vorliegend allerdings nicht anwendbaren - Art. 17b des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Gesetz; SR 818.102] vom 25. September 2020, wonach ebenfalls keine Voranmeldefrist verlangt wird). Mit dem Beschwerdegegner ist somit festzustellen, dass auch im Anwendungsbereich der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung Kurzarbeit grundsätzlich erst ab der Anmeldung (ex nunc) durchgeführt werden kann. Indessen gilt es zu berücksichtigen, dass die nachträglich zum Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung führenden Einschränkungen gemäss COVID-19-Verordnung sehr kurzfristig eingeführt wurden. So verbot der Bundesrat am 28. Februar 2020 Veranstaltungen mit über 1000 Personen (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 28. Februar 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [COVID-19; COVID-19-Verordnung; SR 818.101.24]). Die Verordnung trat gleichentags, 10.00 Uhr, in Kraft. Mit Verordnung vom 13. März 2020 verbot er sodann öffentliche oder private Veranstaltungen mit 100 oder mehr Teilnehmenden. Für Veranstaltungen mit weniger als 100 teilnehmenden Personen mussten die Veranstalter die Einhaltung bestimmter Präventionsmassnahmen sicherstellen. Diese Verordnung trat ebenfalls noch am selben Tag, 13. März 2020, 15.30 Uhr, in Kraft (Art. 6 Abs. 1 und 2 sowie Art. 12 Abs. 1 der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [COVID-19; COVID-19-Verordnung 2;



ebenfalls SR 818.101.24]). Per 17. März 2020 verbot der Bundesrat schliesslich jegliche öffentlichen oder privaten Veranstaltungen, einschliesslich Sportveranstaltungen und Vereinsaktivitäten ("Lockdown" [Art. 6 COVID-19-Verordnung 2 in der Fassung vom 16. März 2020]).

**3.4.** Somit bestand zum Zeitpunkt der Einführung der nachmalig zu Kurzarbeit berechtigenden behördlichen Massnahmen für die Arbeitgebenden noch gar keine Möglichkeit, Kurzarbeit überhaupt (befristet Angestellte) oder zumindest mit der sonst geltenden 10- bzw. 3-tägigen Voranmeldefrist (unbefristet Angestellte) anzumelden. Dies widerspricht offensichtlich der bundesrätlichen Intention, zu verhindern, dass die Arbeitgebenden bzw. ihre Mitarbeitenden auf Grund einer erst später erfolgten, weil erst später möglichen Anmeldung eines Teils ihres Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung verlustig gehen. Mithin musste es möglich sein, nach Inkrafttreten der Bestimmung von Art. 8b COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung während einer angemessenen Nachfrist Ansprüche auch rückwirkend geltend zu machen. Das Seco löste das Problem in seiner Weisung Nr. 6 vom 9. April 2020, indem es für verspätete Anmeldungen die Fiktion eines Gesuchseingangs am 17. März 2020 aufstellte, unter den Voraussetzungen, dass der Betrieb auf Grund der behördlichen Massnahmen schliessen musste (vgl. Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2; Stand vom 17. März 2020; AS 2020 783) und der Antrag vor bzw. bis zum 31. März 2020 eingereicht wurde (S. 7 und Weisung Nr. 10 vom 22. Juli 2020, S. 14). Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners kann diesbezüglich nicht von einer Verletzung von Bundesrecht ausgegangen werden. Vielmehr bietet die fragliche Weisung eine praktikable, leicht umsetzbare und landesweit einheitliche Regelung, das vorgenannte Ziel der bundesrätlichen Verordnung umzusetzen, indem den betroffenen Firmen für die erste Phase der pandemiebedingten Einschränkungen eine als angemessen zu bezeichnende Nachfrist für die Anmeldung von Kurzarbeit bzw. für die Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung gewährt wurde. Die Weisung lässt damit eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren Ordnungsbestimmungen zu. Sie führt auch keine über die vom Bundesrat beabsichtigte Rückwirkung hinausgehenden Leistungen ein (vgl. BGE 140 V 543 E. 3.2.2.1, mit Hinweisen). Dies gilt gleichermassen für Arbeitnehmende in unbefristeten Arbeitsverhältnissen, deren Anspruchsberechtigung nicht erst am 20. März 2020 eingeführt wurde. Auch betreffend diese Arbeitnehmerkategorie ist den Arbeitgebenden für das Geltendmachen von Kurzarbeit eine angemessene Frist nach Einführung der Massnahmen einzuräumen. Eine schweizweit rechtsgleiche Behandlung aller Voranmeldungen, die bis zum 31. März 2020 erfolgt sind, ist mit Blick auf die gleichmässige Rechtsanwendung sinnvoll (zumal unter bestimmten Voraussetzungen



auch ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht, vgl. hierzu BGE 126 V 390 und BGE 146 I 105, je mit Hinweisen) und im Sinne einer praktikablen und verhältnismässigen Lösung vertretbar. Das ausnahmsweise Gewähren einer bis 31. März 2020 dauernden Nachfrist erscheint auch insofern unproblematisch, als die durch die kantonale Amtsstelle zu prüfenden Umstände, normalerweise namentlich das Vorliegen wirtschaftlicher Gründe, welche die Einführung von Kurzarbeit rechtfertigen könnten, hier bereits eingetreten und bekannt waren.

**3.5.** Die ausnahmsweise zulässige rückwirkende Anmelde­möglichkeit bedeutet schliesslich nicht, dass automatisch mit Inkrafttreten des Lockdowns per 17. März 2020 oder allenfalls mit früher in Kraft getretenen Einschränkungen ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht. Vielmehr hat die kantonale Amtsstelle die Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen (vgl. Art. 36 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG, wobei letztere Anspruchsvoraussetzung wohl nun dahingehend lautet, dass der Arbeitsausfall auf die Pandemie oder die darauf gerichteten behördlichen Gegenmassnahmen zurückzuführen und unvermeidbar sein muss). Zudem fällt die Prüfung der Ausschlussgründe nach Art. 33 Abs. 1 (nun exkl. lit. e) AVIG in ihren Zuständigkeitsbereich (Art. 39 Abs. 1 AVIG e contrario).

**3.6.** Vorliegend macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei ab 13. März 2020 von den behördlichen Massnahmen nach Art. 6 COVID-19- Verordnung 2 (AS 2020 773) derart betroffen gewesen, dass sie den Betrieb habe schliessen müssen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass zu diesem Zeitpunkt zwar nur noch wenige Zuschauer zu den Matches zugelassen, aber die von der Beschwerdeführerin angebotenen Sportveranstaltungen nicht generell verboten waren. Ein eingeschränkter Betrieb war somit unter notrechtlichen Gesichtspunkten noch möglich. Dass die D.\_\_\_\_ als Branchenverband am 28. Februar 2020 die Partien der 24. - 26. Runde der E.\_\_\_\_ und der F.\_\_\_\_ verschoben hatte (vgl. act. G 1.12 f.), stellte jedenfalls keine behördliche Betriebsschliessung dar (vgl. auch Art. 51 Abs. 1 AVIV). Die Beschwerdeführerin führt denn auch selber aus, sie habe am 13. März 2020 noch das letzte Testspiel absolviert (Beschwerde, Ziff. II.7). Demgegenüber trat am 17. März 2020 ein komplettes Verbot für Sportveranstaltungen und Vereinsaktivitäten in Kraft (Art. 6 Abs. 1 COVID-19- Verordnung 2 [AS 2020 783]). Für eine Arbeitgeberin, die im Wesentlichen Sportveranstaltungen und vorbereitende Trainings durchführt, kommt dies faktisch einem Verbot ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit und damit einer Betriebsschliessung nach Abs. 2 derselben Bestimmung gleich. Nachdem die Anmeldung der Kurzarbeit unbestrittenermassen vor dem 31. März 2020 erfolgte, ist unter analoger Anwendung der Seco-Weisung 2020/06 von einem Anspruchsbeginn am 17. März 2020



auszugehen. Bei diesem Verfahrensausgang kann die Frage der zeitlichen Ausdehnung des Streitgegenstandes offengelassen werden, nachdem die Beschwerdeführerin zumindest im Einspracheverfahren die Ausrichtung von Kurzarbeit ab dem 17. März 2020 beantragt hat (act. G 3.1/A3).

#### 4.

**4.1.** Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der Beginn der Kurzarbeit ist auf den 17. März 2020 festzusetzen.

**4.2.** Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG in der bis 31. Dezember 2020 gültig gewesenen, für das vorliegende Verfahren gemäss Art. 83 ATSG noch anwendbaren Fassung).

**4.3.** Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf (teilweisen) Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (HonO; sGS 963.75) pauschal Fr. 1'500.-- bis Fr. 15'000.--. Die Beschwerdeführerin dringt im Hauptpunkt durch, weshalb von einem weitgehenden, mit vier Fünfteln zu veranschlagenden, Obsiegen auszugehen ist. Bei vollständigem Obsiegen wäre der Beschwerdeführerin mit Blick auf die Bedeutung der Streitsache und den eher überdurchschnittlichen Aufwand eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zugesprochen worden. Der Beschwerdeführerin ist demzufolge eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

### Entscheid

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 20. Mai 2020 aufgehoben und der Beginn des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung auf den 17. März 2020 festgesetzt.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.