



Fall-Nr.: AVI 2020/64
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 28.02.2022
Entscheiddatum: 20.10.2021

Entscheid Versicherungsgericht, 20.10.2021

Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG und Art. 51 Abs. 1 AVIV Kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bei freiwilliger vorübergehender Betriebsschliessung. Die Beschwerdeführerin konnte nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit darlegen, dass es objektiv nicht möglich war, die Verhaltens- und Hygienemassnahmen einzuhalten. Für die Anwendung bzw. Auslegung der Weisung sind die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Gebot der Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung bzw. -setzung (analog) zu berücksichtigen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. Oktober 2021, AVI 2020/64).

Entscheid vom 20. Oktober 2021

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen Christiane Gallati Schneider und Michaela Machleidt Lehmann; Gerichtsschreiberin Julia Dillier

Geschäftsnr.

AVI 2020/64

Parteien

A.____ AG

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Reto Diggelmann, Neugasse 14, 9401 Rorschach,



gegen

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

Beschwerdegegner,

Gegenstand

Kurzarbeitsentschädigung (COVID-19)

Sachverhalt

A.

A.a. Am 18. März 2020 meldete die A.____ AG Kurzarbeit ab 13. März 2020 für insgesamt 17 von der Kurzarbeit betroffene Mitarbeitende an (act. G3.2/A2). Mit Verfügung vom 25. März 2020 legte das Amt für Wirtschaft und Arbeit teilweise Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung ein. Sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, könne die Kantonale Arbeitslosenkasse in der Zeit vom 16. März bis 15. Juni 2020 Kurzarbeitsentschädigung ausrichten (act. G3.2/A3). Diese Verfügung wurde sodann durch die Verfügung vom 22. April 2020 ersetzt und der Beginn des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, auf den 13. März 2020 verschoben (act. G3.2/A5).

A.b. Am 30. Juni 2020 wurde die Verfügung vom 22. April 2020 wiederum ersetzt und es wurde verfügt, dass die Arbeitslosenkasse in der Zeit vom 13. März 2020 bis 25. Mai 2020 Kurzarbeitsentschädigung ausrichten könne, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Die Arbeitgeberin habe den Betrieb ab 26. Mai 2020 geschlossen. Da die Schliessung nicht behördlich angeordnet worden sei, entfalle ab diesem Zeitpunkt der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Verfügung Nr. 339715037, act. G3.2/A12). Gleichentags wurde verfügt, dass die Arbeitslosenkasse in der Zeit vom 17. Juni bis 31. August 2020 Kurzarbeitsentschädigung ausrichten könne, sofern sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (Verfügung Nr. 339715095, act. G3.2/A13).



B.

B.a. Gegen die erstgenannte Verfügung Nr. 339715037 vom 30. Juni 2020 liess die Arbeitgeberin am 30. Juli 2020 durch den in der Zwischenzeit mandatierten Rechtsvertreter Einsprache erheben. Zur Begründung führte der Rechtsvertreter aus, nach rund zweimonatigem Lockdown habe die Arbeitgeberin am 11. Mai 2020 den Betrieb wieder geöffnet. Am 26. Mai 2020 habe das Lokal jedoch wieder geschlossen werden müssen, weil es aufgrund nicht eingehaltener COVID-Sicherheitsmassnahmen zu behördlichen Beanstandungen und sogar zu einem Strafbefehl gekommen sei. Entgegen der pauschalen Darstellung in der Verfügung vom 30. Juni 2020 habe seitens der Arbeitgeberin keine freiwillige Schliessung des Betriebes ab 26. Mai 2020 vorgelegen, welche einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für den Zeitraum vom 26. Mai 2020 bis zur Wiedereröffnung am 17. Juni 2020 ausschliessen würde. Gemäss Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) Nr. 10 vom 22. Juli 2020, Ziff. 2.5, seien Konstellationen denkbar, bei denen der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung weiterhin bestehen könnte. Gemäss der dortigen Ausnahme Nummer drei sei dies insbesondere dann der Fall, wenn ein Betrieb weiterhin geschlossen bleiben müsse, wenn er die verlangten Verhaltens- und Hygienemassnahmen unmöglich umsetzen könne oder wenn der Verlust bei Wiedereröffnung grösser als bei vorübergehender Schliessung wäre. Die Arbeitgeberin ihrerseits sei ihrer Schadenminderungspflicht nachgekommen und habe ihren Betrieb auf den erstmöglichen Zeitpunkt am 11. Mai 2020 wieder geöffnet. Ein taugliches Schutzkonzept sei jedoch für einen Betrieb der vorliegenden Art aufgrund der damaligen Einschränkungen (Bedienung nur sitzender Gäste mit maximal vier Personen am Tisch und Einhaltung des Sicherheitsabstandes) schlichtweg nicht möglich gewesen. Die Arbeitgeberin dürfe diesbezüglich nicht schlechter behandelt werden wie ein Gastro-Betrieb, der gar nicht erst auf den erstmöglichen Zeitpunkt wieder geöffnet habe und gestützt auf die Weisung des SECO trotzdem wohl zumindest vorübergehend weiterhin Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gehabt hätte (act. G3.2/A14).

B.b. Mit Entscheid vom 25. November 2020 wies das Amt für Wirtschaft und Arbeit die Einsprache ab mit der Begründung, dass es nicht zum Vornherein unmöglich gewesen sei, den Betrieb wieder zu eröffnen. Das Platzangebot sei einer rentablen Weiterführung



nicht eindeutig entgegengestanden. Es könne keine fehlende Wirtschaftlichkeit aufgrund der zu kleinen Besucherzahlen berücksichtigt werden. Es bestünden keine betriebswirtschaftlichen Gründe, dass der Verlust bei Wiedereröffnung grösser gewesen wäre als bei vorübergehender Schliessung des Betriebes. Das aufdringliche Verhalten der zu vielen Gäste könne dem Wirt nicht zum Vorwurf gemacht werden. Es könnten aber keine objektiven betrieblichen Gründe für die Nichteinhaltung der Vorschriften des BAG dargelegt werden. Der Plausibilitätsnachweis der fehlenden Wirtschaftlichkeit habe nicht erbracht werden können (act. G3.2/A14).

C.

C.a. Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die Beschwerde vom 24. Dezember 2020 mit den Anträgen, der Einspracheentscheid vom 25. November 2020 sei aufzuheben, es sei der Beschwerdeführerin die Kurzarbeit für die in der Voranmeldung genannte Zeitperiode zu bewilligen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Darin führt der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin aus, die vorübergehende Schliessung sei keinesfalls freiwillig erfolgt. Die im fraglichen Zeitraum verlangten Verhaltens- und Hygienemassnahmen habe die Beschwerdeführerin unmöglich derart kurzfristig durchsetzen können. Aus der Weisung des SECO ergebe sich, dass ein Gastronomiebetrieb dann weiterhin Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung habe, wenn er die verlangten Verhaltens- und Hygienemassnahmen unmöglich umsetzen könne oder wenn der Verlust bei Wiedereröffnung grösser als bei vorübergehender Schliessung wäre. Die beiden Voraussetzungen müssten somit nicht kumulativ erfüllt sein, wie der Beschwerdegegner annehme (act. G1).

C.b. Der Beschwerdegegner beantragt in der Beschwerdeantwort vom 11. Januar 2021 mit Verweis auf den Einspracheentscheid die Abweisung der Beschwerde (act. G3).

Erwägungen

1.

1.1. Am 22. April 2020 verfügte der Beschwerdegegner, dass die Beschwerdeführerin ab dem 13. März 2020 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung geltend machen könne, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Diese Verfügung wurde sodann durch die Verfügungen Nrn. 339715037 und 339715095 vom 30. Juni 2020



ersetzt und der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zeitlich eingeschränkt. Es ist somit zunächst zu prüfen, ob ein Zurückkommen auf die rechtskräftige Verfügung vom 22. April 2020 durch den Beschwerdegegner zulässig war.

1.2. In der vorliegenden Konstellation ist weder die Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) noch die sogenannte prozessuale Revision im Sinne von Art. 53 Abs. 1 ATSG anwendbar, da die Verfügung vom 22. April 2020 nicht anfänglich unrichtig war. Entsprechend bleibt zu prüfen, ob eine Korrektur gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ATSG zulässig war.

1.3. Nach Art. 17 Abs. 2 ATSG wird jede andere formell rechtskräftig zugesprochene Dauerleistung von Amtes wegen oder auf Gesuch hin erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben, wenn sich der ihr zu Grunde liegende Sachverhalt nachträglich erheblich verändert hat. Im Sinne eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes muss die Anpassung einer zugesprochenen Leistung immer dann möglich sein, wenn sich der leistungsbegründende Sachverhalt während der laufenden Leistung verändern kann. Dementsprechend hat als Dauerleistung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 ATSG richtigerweise jede Leistung zu gelten, die für die Zukunft und damit notwendigerweise unter Annahme (und stillschweigendem Vorbehalt) einer bestimmten künftigen Entwicklung des zugrundeliegenden Sachverhalts verfügt wird. Die "Dauer" in absoluter Hinsicht resp. der Zeitraum, für den die Ausrichtung einer Leistung verfügt wird, ist für die Qualifikation als Dauerleistung somit irrelevant (Franz Schlauri, Sozialversicherungsrechtliche Dauerleistungen, ihre rechtskräftige Festlegung und ihre Anpassung, in: Schaffhauser/Schlauri (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2008, St. Gallen 2009, S. 100 ff.). Das hiesige Versicherungsgericht erkannte sodann in einem Entscheid, dass dies nicht nur für leistungszusprechende Verfügungen, sondern auch für feststellende Verfügungen (analog) zu gelten hat (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. März 2010, AVI 2009/54, E. 4 m.w.H.).

1.4. Da die Beschwerdeführerin ihren Restaurationsbetrieb nach anfänglicher Wiedereröffnung am 11. Mai 2020 am 26. Mai 2020 ohne behördliche Anweisung erneut geschlossen hatte, lag eine nachträgliche, erhebliche Sachverhaltsänderung vor, die eine Anpassung der Verfügung vom 22. April 2020 gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ATSG rechtfertigte. Es bleibt somit zu prüfen, ob der Beschwerdegegner einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung im Zeitraum vom 26. Mai bis 16. Juni 2020 zurecht verneint hat. Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 13. März bis 25. Mai 2020 ist indes unbestritten.



2.

2.1. Arbeitnehmende, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben, der Arbeitsausfall anrechenbar ist, das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist und der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [AVIG; SR 837.0]). Der Zweck der Kurzarbeitsentschädigung besteht darin, einerseits der versicherten Person einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Kurzarbeit zu garantieren und Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Kündigung und Entlassung zu verhindern. Andererseits dient die Kurzarbeitsentschädigung der Erhaltung von Arbeitsplätzen im Interesse sowohl der Arbeitnehmenden als auch der Arbeitgeber, indem die Möglichkeit der Erhaltung eines "intakten Produktionsapparates" über die Zeit der Kurzarbeit hinweg geboten wird (BGE 121 V 375 E. 3a mit Hinweis).

2.2. Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe unter Berücksichtigung des präventiven Charakters der Kurzarbeitsentschädigung 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 (Urteil des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2017, 8C_549/2017, E. 3.2 m.w.H.). Der Bundesrat regelt für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die unter anderem auf behördliche Massnahmen zurückzuführen sind (Art. 32 Abs. 3 Satz 1 AVIG).

2.3. Aufgrund der Ausbreitung des Coronavirus stufte der Bundesrat am 28. Februar 2020 die aktuelle Situation als "besondere Lage" nach Art. 6 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (EpG; SR 818.101) ein und ordnete gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG Massnahmen gegenüber der Bevölkerung an. Am 13. März 2020 wurde gestützt auf Art. 7 EpG die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2; SR 818.101.24) erlassen. Die Landesregierung stufte schliesslich am 16. März 2020 die Situation in der Schweiz als "ausserordentliche Lage" gemäss Art. 7 EpG ein. In der Folge beschloss der Bundesrat mit sofortigem Inkrafttreten ab 24.00 Uhr die Schliessung der Restaurants, Bars und Clubs. Am 8. Mai 2020 wurde die



COVID-19-Verordnung 2 im Bereich der Gastronomie insofern ergänzt, als nach dessen am 11. Mai 2020 neu in Kraft getretenen Art. 6 Abs. 3 lit. b^{bis} die Restaurationsbetriebe unter Auflagen wieder öffnen durften. Zusätzlich zum Erfordernis eines Schutzkonzepts wurde gemäss Art. 6 Abs. 3^{bis} die Grösse der Gästegruppe auf höchstens vier Personen pro Tisch beschränkt (lit. a) und die Konsumation durfte ausschliesslich sitzend erfolgen (lit. b). Ebenfalls mussten die Restaurationsbetriebe zwischen 00.00 Uhr und 06.00 Uhr geschlossen bleiben (lit. d).

2.4. Am 20. März 2020 hatte der Bundesrat zudem vorerst gestützt auf Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) die notrechtliche Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033) erlassen, welche er – nach weiteren Ergänzungen – am 8. April 2020 mit der Verordnung über ergänzende Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus im Bereich der Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1201) erweiterte. Diese wie auch die übrigen und bisherigen Änderungen galten rückwirkend ab dem 1. März 2020.

3.

3.1. Es ist unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass der Betrieb der Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 26. Mai bis 16. Juni 2020 nicht behördlich geschlossen worden war. Die Beschwerdeführerin erhielt zwar von der Gemeinde B.____ eine Verfügung wegen mehrfacher Widerhandlungen gegen die COVID-Vorschriften bzw. gegen das Schutzkonzept, wurde jedoch vorerst lediglich unter Androhung des Gastwirtschaftspatententzugs verwarnt. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, die Umsetzung der verlangten Verhaltens- und Hygienemassnahmen sei unmöglich gewesen (act. G1).

3.2. Der Weisung 2020/10 des SECO vom 22. Juli 2020 ist zu entnehmen, dass der Betrieb grundsätzlich wiederaufgenommen werden müsse, sobald dies erlaubt sei. Diese Voraussetzung sei Ausdruck der Schadenminderungspflicht. Es gebe aber Konstellationen, bei denen der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung weiter bestehen könne, so unter anderem, wenn ein Betrieb weiterhin geschlossen bleiben müsse, da er die verlangten Verhaltens- und Hygienemassnahmen unmöglich umsetzen könne oder wenn der Verlust bei Wiedereröffnung grösser als bei vorübergehender Schliessung wäre. Sei es objektiv unmöglich, die notwendigen Verhaltens- und Hygienemassnahmen umzusetzen, müsse die Arbeit eingestellt bleiben. In diesem Fall habe der Arbeitgeber für die betroffenen Arbeitnehmenden



Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Der Betrieb müsse plausibel darlegen, dass der Verlust bei Wiedereröffnung grösser sei als bei der vorübergehenden Schliessung. Sei dies der Fall und damit das Risiko von Entlassungen oder einer definitiven Schliessung erhöht, so bestehe ebenso Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Ziffer 2.5 S. 9).

3.3. Zwar richtet sich diese Verwaltungsweisung grundsätzlich nur an die Durchführungsstellen und ist für das Versicherungsgericht nicht verbindlich. Indes berücksichtigt das Gericht Weisungen insbesondere dann und weicht nicht ohne triftigen Grund davon ab, wenn sie eine im Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen und eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben enthalten. Dadurch trägt es dem Bestreben der Verwaltung Rechnung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten (Urteil des Bundesgerichts vom 15. Juni 2020, 9C_590/2019, E. 4.4.2 mit Hinweis).

3.4. Mit Strafbefehl vom __. Mai 2020 wurde C.__, einziges Verwaltungsratsmitglied mit Einzelzeichnungsberechtigung der Beschwerdeführerin sowie Patentinhaber des betroffenen Restaurationsbetriebes, wegen mehrfacher Missachtung der Massnahmen im Sinne der COVID-19-Verordnung 2 schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu je CHF 180.00, bedingt aufgeschoben bei einer Probezeit von drei Jahren und einer Busse von CHF 3'600.00 bestraft. Er wurde verurteilt, weil sich am __. Mai 2020, ca. zwischen 00.30 Uhr und 00.50 Uhr, entgegen den Weisungen des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) mehrere Gäste in der __. Bar aufgehalten hatten, wobei der Beschuldigte als Patentinhaber die letzten Bestellungen erst kurz nach 00.00 Uhr entgegengenommen hatte. Am selben Tag, um ca. 22.00 Uhr, hatten sich wiederum entgegen den Weisungen des BAG viele Personen stehend mit sehr geringem Abstand und umhergehend im Betrieb aufgehalten. Ein Auseinanderhalten der Gästegruppe war nicht mehr möglich gewesen (act. G1.5). Der Verfügung der Gemeinde B.__ vom __. Mai 2020 ist sodann zu entnehmen, dass mehrere Meldungen betreffend Widerhandlungen gegen die COVID-Vorschriften eingegangen sind. So seien am __. Mai 2020, die Abstandsvorschriften nicht eingehalten sowie bis 03:30 Uhr gewirtet worden. Am __. Mai 2020, seien Gäste bis 01:00 Uhr bewirtet und Lärm im Aussenbereich (Musik und Gäste) verursacht worden. Tags darauf, am __. Mai 2020, seien die Abstandsregeln nicht eingehalten worden und es hätten sich Gäste stehend an der Bar aufgehalten (act. G1.4).



3.5. Soweit die Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass ihr an der Nichteinhaltung der Coronamassnahmen kein Vorwurf gemacht werden kann, kann ihr nicht gefolgt werden, zumal die strafrechtlichen Bestimmungen nach Art. 10f der COVID-19-Verordnung 2 Vorsatz voraussetzen und sich die Strafe am Verschulden bemisst (vgl. den Strafbefehl [act. G.1.5]). Nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wird sodann seitens der Beschwerdeführerin dargelegt, dass es für den betroffenen Restaurationsbetrieb objektiv nicht möglich gewesen wäre, die Verhaltens- und Hygienevorschriften umzusetzen. Nach Art. 7 des Gastwirtschaftsgesetzes des Kantons St. Gallen (GWG; sGS 553.1) wird das Patent für einen Betrieb erteilt, wenn der Gesuchsteller handlungsfähig ist (lit. a), charakterlich geeignet ist (lit. b), Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung bietet (lit. c) sowie zur Nutzung des Betriebes berechtigt ist (lit. d). Entsprechend ist es Aufgabe des Patentinhabers, einen einwandfreien Betrieb zu gewährleisten. Dabei sind unter anderem die Schliessungszeiten nach Art. 16 f. GWG einzuhalten. Dem Strafbefehl sowie der Verfügung der Gemeinde sind zu entnehmen, dass die Sperrstunde nicht eingehalten wurde und die Beschwerdeführerin Bestellungen noch nach 00:00 Uhr entgegengenommen sowie Gäste bis 03:30 Uhr bewirte hat. Selbst wenn die Beschwerdeführerin über eine Ausnahmegewilligung bezüglich der Schliessungszeiten nach Art. 18 GWG verfügt hätte, hatte sie die behördlichen Schliessungszeiten gestützt auf die COVID-19-Verordnung 2 zu beachten und umzusetzen. Es erscheint nicht nachvollziehbar, weshalb die Schliessungszeiten nicht umsetzbar gewesen sein sollen. Das einzige Verwaltungsratsmitglied der Beschwerdeführerin gab überdies gegenüber Z. ___ selbst an, die Schutzmassnahmen nicht immer eingehalten zu haben. Er sei nicht Wirt geworden, um möglichst wenige Gäste zu haben (act. G1.7). Angesichts der Platzverhältnisse im Innen- und Aussenbereich und der vorhandenen Sitzplätze sowie den obigen Ausführungen ist somit nicht rechtsgenügend dargelegt, weshalb die Umsetzung des Schutzkonzeptes aus objektiven Gründen nicht möglich gewesen wäre. So zeigte auch die Staatsanwaltschaft im Strafbefehl vom 20. Mai 2020 verhältnismässige und umsetzbare Empfehlungen zur Einhaltung des Schutzkonzeptes auf (act. G1.5 S. 2). Entsprechend ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin den Betrieb aus subjektiven Gründen als (Über-)Reaktion auf den Strafbefehl vorübergehend geschlossen hat.

3.6. Mit dem Beschwerdegegner ist überdies festzuhalten, dass das Platzangebot der Beschwerdeführerin einer rentablen Weiterführung des Betriebes nicht entgegenstand. Soweit die Beschwerdeführerin in der Beschwerde ausführt, es lägen hierfür ohnehin keine Zahlen vor, ist ihr entgegenzuhalten, dass der Betrieb einzig hätte plausibel darlegen müssen, dass der Verlust bei Wiedereröffnung grösser sei als bei der



vorübergehenden Schliessung. Dies gelingt der Beschwerdeführerin vorliegend nicht. Nicht einig zu gehen ist sodann mit ihr, dass die bedingt ausgesprochene Geldstrafe sowie die Busse mitzuberücksichtigen wären. Die Beschwerdeführerin war ohnehin nicht beschuldigte Partei im Strafverfahren, weshalb der Widerruf der bedingt ausgesprochenen Geldstrafe nicht die Beschwerdeführerin betroffen hätte. Überdies kann von einem Restaurationsbetrieb – auch unter Berücksichtigung der aussergewöhnlichen und schwierigen Situation – verlangt werden, sich (künftig) an die Massnahmen zu halten, zumal die Staatsanwaltschaft im Strafbefehl verhältnismässige und umsetzbare Empfehlungen zur Einhaltung der Schutzmassnahmen erläutert hat.

4.

4.1. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin in Beachtung des Gleichheitsgebotes mindestens vorübergehend für den Monat Mai 2020 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hat. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin macht diesbezüglich unter Verweis auf die Weisung des SECO geltend, dass sie nicht schlechter gestellt werden dürfe als Gastronomiebetriebe, die gar nicht erst auf den erstmöglichen Zeitpunkt wiedereröffnet hätten (act. G1).

4.2. Verwaltungsanweisungen sind zwar für das Gericht nicht verbindlich (E. 3.3), stellen indes verbindliche Vorschriften an die Durchführungsorgane über die Art und Weise dar, wie sie ihre Aufgaben zu erfüllen haben. Sie dienen dazu, eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis zu schaffen (ZAK 1984, 487; BGE 109 V 212 E. 3). Für die Frage, welche Versicherten durch eine Verwaltungsanweisung erfasst werden und welche eben gerade ausgeschlossen sein sollen, ist der Sinngehalt der Weisung im Rahmen derer Auslegung von zentraler Bedeutung. Denn der Anspruch auf Gleichbehandlung nach Art. 8 BV verlangt, dass Gleiches nach Massgaben seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgaben seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln sind. Für die Anwendung bzw. Auslegung der Weisung sind die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Gebot der Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung bzw. -setzung (analog) zu berücksichtigen. Demnach gelangen die grammatikalische, historische, systematische und teleologische Auslegungsmethode zur Anwendung (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage 2020, N 177 ff.).

4.3. Nach dem Wortlaut des Anhangs 1 zur Weisung 2020/08 des SECO vom 15. Mai 2020 sollen Betriebe im Mai 2020, die einen Arbeitsausfall von 85% und mehr der normalen betrieblichen Arbeitszeit abrechnen, noch nicht überprüft werden. Der Wortlaut dieser Weisung ist insofern klar, als Betriebe im Mai 2020, die Anspruch auf



Kurzarbeitsentschädigung haben, nicht überprüft werden sollen, auch wenn sie bei der Abrechnung einen Arbeitsausfall von 85% und mehr der normalen betrieblichen Arbeitszeit geltend machen.

4.4. Vorliegend ist unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass die Beschwerdeführerin nicht im Rahmen der Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung aufgrund von Ausfallstunden über 85% für Mai 2020 von der Arbeitslosenkasse überprüft wurde. Vielmehr teilte die Beschwerdeführerin über ____ zunächst mit, dass der Betrieb ab ____ Mai 2020 geschlossen werde, bis wieder Normalität eingetreten sei (act. G3.2/A8). In den Medien liess der Einzelzeichnungsberechtigte der Beschwerdeführerin sodann mehrfach verlauten, sich per ____ 2020 von der Gastronomie in den Ruhestand zu verabschieden. Solange die Corona-Regeln noch gelten würden, bleibe das Partylokal auf freiwilliger Basis geschlossen (vgl. act. G3.2/A9). Am 27. Mai 2020 liess die Beschwerdeführerin alsdann durch ihre Treuhänderin unter Verweis auf ____ mitteilen, dass sie das Restaurant wieder habe schliessen müssen. Sie nehme an, dass dies keinen Einfluss auf die Weiterführung der Kurzarbeitsentschädigung habe (act. G3.2/A7). Die Beschwerdeführerin kann sich nach dem Gesagten – bezogen auf den Wortlaut – nicht auf die Weisung des SECO berufen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der vordergründig klare Wortlaut den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Um dies zu ermitteln, sind die weiteren Auslegungsmethoden heranzuziehen.

4.5. Auch die teleologische Auslegung lässt keinen anderen Schluss zu. Nach Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG ist ein Arbeitsausfall nur anrechenbar, wenn er unvermeidbar ist. Nach Art. 51 Abs. 1 AVIV sind Arbeitsausfälle anrechenbar, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann. Bei der grafischen Darstellung des Anhangs 1 der Weisung des SECO wird ausgeführt, dass die Arbeitslosenkassen nur im bisher üblichen Rahmen die Plausibilität der Abrechnung, unabhängig vom abgerechneten Arbeitsausfall, überprüfen sollen. Unter Beachtung dieser Ausführung wird deutlich, dass die Weisung des SECO nur so verstanden werden kann, als eine widerlegbare Vermutung für die Richtigkeit der eingereichten Abrechnung gelten sollte, keinesfalls jedoch eine Fiktion, d.h. ein voraussetzungsloser Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für den Monat Mai 2020. Daher kann offen bleiben, ob auf Weisungsstufe eine solche Regelung überhaupt zulässig gewesen wäre. Da die Beschwerdeführerin den Betrieb freiwillig geschlossen hatte und zu jenem Zeitpunkt nicht bemüht war, das Schutzkonzept zu



überarbeiten, hatte der Beschwerdegegner in Beachtung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG und Art. 51 Abs. 1 AVIV den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung während der Dauer der freiwilligen Schliessung abzulehnen. Weder aus der systematischen noch der historischen Auslegung lassen sich weitere Erkenntnisse gewinnen, zumal diese Auslegungsmethoden in der vorliegenden Konstellation kaum (analog) angewendet werden können.

5.

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (aArt. 61 lit. a ATSG in der bis 31. Dezember 2020 gültigen, für das vorliegende Verfahren gemäss Art. 82a ATSG noch anwendbaren Fassung).

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.