



Fall-Nr.: AVI 2022/25
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 12.07.2023
Entscheiddatum: 19.06.2023

Entscheid Versicherungsgericht, 19.06.2023

Art. 31 ff. AVIG, Art. 51 AVIV, Art. 61 ATSG und Art. 17b Covid-19-Gesetz. Kein Anspruch mehr auf Kurzarbeitsentschädigung, nachdem die Covid-19-Massnahmen aufgehoben wurden, zwischen dem geltend gemachten Kundenrückgang und den Folgen der Pandemie kein Zusammenhang glaubhaft gemacht werden konnte und der Betrieb seit 2020 sein Personal aufgestockt bzw. austretende Mitarbeitende jeweils wieder vollständig ersetzt hat (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. Juni 2023, AVI 2022/25).

Entscheid vom 19. Juni 2023

Besetzung

Versicherungsrichterinnen Corinne Schambeck (Vorsitz), Michaela Machleidt Lehmann und Tanja Petrik; Gerichtsschreiberin Felicia Sterren

Geschäftsnr.

AVI 2022/25

Parteien

A.____ GmbH,

Beschwerdeführerin,

gegen

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



Beschwerdegegner,

Gegenstand

Kurzarbeitsentschädigung (Voranmeldeverfahren; betriebsüblicher Arbeitsausfall)

Sachverhalt

A.

A.a. Die A.____ GmbH (nachfolgend: Arbeitgeberin) reichte erneut am 4. Mai 2022 beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) eine Voranmeldung für Kurzarbeit für den Zeitraum vom 1. April 2022 bis 31. August 2022 ein. Trotz Aufhebung der Covid-19-Massnahmen sei der Rückgang der Gäste noch nicht vollumfänglich kompensiert. Viele Kunden seien noch immer verunsichert. Trotz einer merklichen Verbesserung der Situation könne die Arbeitgeberin nicht riskieren, Personal bezahlen zu müssen, das nicht eingesetzt werde. Von der Kurzarbeit seien vier Personen mit einem voraussichtlichen Ausfall von 30 % betroffen (act. G3.1/A23).

A.b. Am 5. Mai 2022 forderte das AWA die Arbeitgeberin auf, weitere Angaben zu machen (act. G3.1/A24). Am 9. und 17. Mai 2022 teilte diese insbesondere mit, das Arbeitsverhältnis mit einem Mitarbeiter sei im gegenseitigen Einverständnis per 28. Februar 2022 beendet worden. Um den Betrieb aufrechterhalten zu können, seien vier Personen erforderlich. Sie sei deshalb gezwungen gewesen, per 1. März 2022 einen neuen Mitarbeiter einzustellen (vgl. act. G3.1/A25 f.).

A.c. Mit Verfügung vom 19. Mai 2022 erhob das AWA gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung Einspruch. Es gab zur Begründung an, eine rückwirkende Voranmeldung von Kurzarbeit sei ausgeschlossen, sodass vorliegend frühestens ab dem 4. Mai 2022 Kurzarbeitsentschädigung beansprucht werden könne. Spätestens ab Mai 2022 seien die Auswirkungen der Covid-19-Pandemie nicht mehr als ausserordentlich zu bezeichnen. Bereits am 17. Februar 2022 seien bedeutende Öffnungsschritte für die Gastronomie erfolgt. Am 1. April 2022 habe der Bundesrat die "normale Lage" ausgerufen. Die Situation der Arbeitgeberin habe sich gemäss deren eigenen Angaben bereits merklich verbessert. Die epidemiologische Lage habe sich so



St.Galler Gerichte

weit entspannt, dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass sie das Gästeverhalten noch wesentlich beeinträchtige. Schwankungen bei den Gästezahlen gehörten zum normalen Betriebsrisiko. Dass der Auftragsrückgang mit der Pandemie weiter in Zusammenhang stehe sowie vorübergehend und unvermeidbar sei, sei nicht nachvollziehbar dargelegt worden. Ein ausscheidender Mitarbeiter sei ersetzt worden, was in Bezug auf die Schadenminderungspflicht problematisch sei. Demnach liege kein anrechenbarer Arbeitsausfall vor (act. G3.1/A29).

A.d. Gegen diese Verfügung erhob die Arbeitgeberin am 25. Mai 2022 Einsprache. Sie machte geltend, die Aufhebung der Covid-19-Massnahmen bedeute für viele Personen nicht Normalität. Nach zwei Jahren der Angst würden sich viele noch unsicher fühlen und den Besuch der Gastronomie meiden. Das Gästeaufkommen sei daher immer noch reduziert. Ihr Break-even-Point liege bei ungefähr Fr. 40'000.--, was für den März 2022 bedeute, dass der Umsatz rund 20 % unter dem Soll gelegen habe. Der kausale Zusammenhang zwischen Pandemie und Kundenaufkommen lasse sich ebenso schwer nachweisen wie das Gegenteil. Befragungen von Stammkunden würden auf ersteres hindeuten. Damit das Arbeitsgesetz eingehalten werden könne, erfordere der Betrieb den Einsatz von je zwei Personen in der Küche und im Service. Auch wenn keine Gäste im Restaurant wären, müssten immer mindestens zwei Mitarbeitende anwesend sein. Die Arbeitgeberin habe deshalb den ausscheidenden Mitarbeitenden ersetzen müssen. Die Alternative wäre die Schliessung des Lokals und Anmeldung aller Mitarbeitenden beim RAV gewesen. Das Personal sei sehr pflichtbewusst und habe geholfen, den Schaden zu minimieren. Die Arbeitgeberin setze das Personal optimal ein, was bedeute, dass sie weiterhin nicht alle zu 100 % beschäftigen könne (act. G3.1/A30).

A.e. Mit Entscheid vom 14. Juni 2022 wies das AWA die Einsprache ab. Zur Begründung führte es an, selbst wenn noch Ängste vor Ansteckungen vorhanden seien, könne daraus kein anrechenbarer Arbeitsausfall abgeleitet werden. Ein grosser Teil der Bevölkerung geniesse die wieder gewonnenen Freiheiten. In der Gastronomie werde über fehlendes Personal geklagt, weil die Restaurants wieder übervoll seien. Kurzarbeit könne nicht deshalb bewilligt werden, weil der Break-even-Point nicht erreicht werde. Der Arbeitsausfall sei vorliegend dem üblichen Betriebsrisiko



St.Galler Gerichte

zuzuordnen bzw. branchen-, betriebs- oder berufsüblich und deshalb nicht anrechenbar (act. G3.1/A31).

B.

B.a. Gegen den Einspracheentscheid vom 14. Juni 2022 richtet sich die Beschwerde vom 21. Juni 2022. Die Arbeitgeberin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beantragt sinngemäss, der Einspracheentscheid sei aufzuheben. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, das Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) habe im April 2022 die "Regelungen ab April 2022 für Kurzarbeit im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Folgen der Pandemie" herausgegeben und gehe somit davon aus, dass auch nach der Ausrufung der "normalen Lage", sogar noch bis Ende 2022, Kurzarbeit nötig sein könnte. Die ausserordentliche Lage bestehe in der Praxis immer noch und verursache ein geringeres Gästeaufkommen. Dies gehe aus ihrer praktischen Erfahrung und Gesprächen mit Gästen hervor. Viele Personen würden die Öffentlichkeit noch immer meiden. Der Umsatz liege rund 30 % unter dem betriebswirtschaftlich Notwendigen. Der Betrieb sei damit massiv defizitär. Der vom AWA (nachfolgend: Beschwerdegegner) angeführte Personalmangel in der Gastronomiebranche bestehe, weil in den Pandemie Jahren viele Gastronomiemitarbeitenden den Beruf gewechselt hätten. Ihre Ausfallstunden seien sodann nicht vom Beschwerdegegner, sondern von der Arbeitslosenkasse zu prüfen (act. G1).

B.b. Mit Beschwerdeantwort vom 18. August 2022 beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde. Er vertritt den Standpunkt, der Beschwerdeführerin seien während der Pandemie Ersatzanstellungen sowie Aufstockungen des Personalbestands möglich gewesen. Im Sommer 2022 hätten diverse Events wieder stattgefunden. Restaurants seien über den Sommer gut besucht gewesen. Dies würden auch die Branchenverbände bestätigen. Die Menschen würden sich wieder in gewohntem Mass treffen. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Ängste der Bevölkerung seien nicht plausibel. Sicher gebe es nach wie vor Menschen, die grössere Menschenmengen meiden würden. Jedoch sei nicht glaubhaft, dass dies immer noch in einem erheblichen Ausmass geschehe. Blieben die Gäste bei der Beschwerdeführerin nach wie vor aus, könne dies nicht mehr auf die Pandemie zurückgeführt werden. Die Beschwerdeführerin verfüge über 15 Aussensitzplätze und



St.Galler Gerichte

ein Take-Away Angebot, was das Argument, die Leute hätten Angst, weiter abschwäche (act. G3).

B.c. Mit Replik vom 31. August 2022 (Postaufgabe) führt die Beschwerdeführerin aus, damit der Betrieb habe weitergeführt werden können, habe die Stelle des per 28. Februar 2022 ausscheidenden Mitarbeiters zwingend neu besetzt werden müssen. Eine Aufstockung des Personalbestands habe nicht stattgefunden. Soweit der Beschwerdegegner ausführe, Restaurants seien im Sommer wieder in gewohntem Masse besucht gewesen, stimme sie ihm zu. In den von der Voranmeldung betroffenen Monaten April bis Juni 2022 seien die Gäste aber noch ausgeblieben. Grund dafür sei die Pandemie (act. G5).

B.d. Der Beschwerdegegner verzichtet stillschweigend auf eine Duplik (vgl. act. G6 f.).

B.e. Auf Nachfrage vom 19. Juni 2023 gibt die Arbeitslosenkasse bekannt, dass die Beschwerdeführerin für die Monate Mai und Juni 2022 Abrechnungen (Geltendmachung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung) eingereicht hat (act. G9).

Erwägungen

1.

Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben und erfüllt in formeller und materieller Hinsicht die gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 56 ff. ATSG). Auf die Beschwerde kann demnach eingetreten werden.

2.

2.1. Strittig und vorliegend zu prüfen ist, ob der Beschwerdegegner zu Recht Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung ab 1. April 2022 erhoben hat.

2.2. 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 Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Der Bundesrat regelt für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die unter anderem auf behördliche Massnahmen zurückzuführen sind (vgl. Art. 32 Abs. 3 Satz 1 AVIG).

2.3. Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist sowie je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmenden des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 lit. a und lit. b AVIG). Ebenso anrechenbar sind Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht von Arbeitgebenden zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, wenn Arbeitgebende sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen können (Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [SR 837.02]).

2.4. Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall namentlich dann, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen sowie andere übliche und wiederkehrende Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebenden gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG). Unter das normale Betriebsrisiko fallen Arbeitsausfälle, die üblich und vorhersehbar sind, regelmässig und wiederholt auftreten und deshalb kalkulatorisch erfassbar sind (Seco, AVIG-Praxis KAE [Kurzarbeitsentschädigung]/D2).

2.5. Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (BGE 121 V 371 E. 2a). Schwankungen in der Auftragslage, insbesondere in Dienstleistungsbetrieben (Gastgewerbe, Coiffeurbetriebe, Fahrschulen usw.), sind in der Regel üblich und begründen keinen anrechenbaren Arbeitsausfall. Im Einzelfall können jedoch auch solche Umstände entschädigungsberechtigt sein, wenn sie auf ausserordentliche Umstände zurückzuführen sind (Seco, AVIG-Praxis KAE/D9).

2.6. Der Zweck der Kurzarbeitsentschädigung besteht darin, einerseits den Versicherten 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 Arbeitgebenden, indem die Möglichkeit der Erhaltung eines "intakten Produktionsapparates" über die Zeit der Kurzarbeit hinweg geboten wird (BGE 121 V 371 E. 3a mit Hinweis).

2.7. Beabsichtigt ein Arbeitgebender, für seine Arbeitnehmenden Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, so muss er dies der kantonalen Amtsstelle mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit schriftlich voranmelden. Der Bundesrat kann für Ausnahmefälle kürzere Voranmeldefristen vorsehen (vgl. Art. 36 Abs. 1 AVIG). Die kantonale Amtsstelle prüft, ob die Anspruchsvoraussetzungen glaubhaft gemacht worden sind und die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründet ist. Hält sie die Anspruchsvoraussetzungen für nicht erfüllt, erhebt sie durch Verfügung Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung (Art. 36 Abs. 4 Satz 1 AVIG).

2.8. Im Zusammenhang mit Massnahmen zur Bewältigung der Coronavirus (Covid-19) erliess der Bundesrat diverse Verordnungen, die innert kurzer Zeit mehrere Änderungen erfuhren und Einfluss auf die Regelungen betreffend den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hatten. Das Parlament erliess per 25. September 2020 das Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für die Verordnung des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102). Gemäss Art. 17b Satz 1 Covid-19-Gesetz in den vorliegend anwendbaren Fassungen vom 1. Januar bzw. 1. Mai 2022 ist in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG keine Voranmeldefrist für Kurzarbeit einzuhalten.

2.9. In den Weisungen des Seco wurde festgehalten, dass eine Pandemie aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere nicht als normales, vom Arbeitgebenden zu tragendes Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG zu betrachten ist, selbst wenn unter Umständen jeder Arbeitgebende betroffen sein kann. Demnach sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage von Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar. Der Arbeitgebende muss jedoch glaubhaft darlegen, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen sind. Der einfache Hinweis auf die Pandemie genügt nicht als Begründung (vgl. Weisung des Seco 2021/07: Aktualisierung "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie", vom 20. April 2021 [Weisung 2021/07; nachfolgend werden die Seco-Weisungen jeweils mit "Weisung *Jahreszahl/Nummer*" zitiert], Ziff. 2.2).

2.10. Verwaltungsweisungen, wie etwa Wegleitungen oder Kreisschreiben, richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Versicherungsgericht 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).

2.11. Im Sozialversicherungsrecht gilt der Untersuchungsgrundsatz. Demnach haben der Versicherungsträger oder das Durchführungsorgan und im Beschwerdefall das Gericht von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen (vgl. Art. 43 und Art. 61 lit. c des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Der Untersuchungsgrundsatz schliesst eine Beweislast im Sinn einer Beweisführungslast zwar aus. Wenn es sich jedoch als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen, fällt der Entscheid zu Ungunsten jener Partei aus, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte (vgl. BGE 144 V 427 E. 3.2 mit Hinweisen).

3.

3.1. Die Beschwerdeführerin beantragt die Bewilligung von Kurzarbeitsentschädigung für ihre Mitarbeitenden für den Zeitraum vom 1. April 2022 bis 31. August 2022. Die Voranmeldung erfolgte jedoch erst am 4. Mai 2022.

3.2. Bei der Voranmeldefrist gemäss Art. 36 Abs. 1 AVIG handelt es sich um eine Verwirkungsfrist. Dies bedeutet, dass der verspätet gemeldete Arbeitsausfall im Ausmass der Verspätung der Voranmeldung grundsätzlich nicht anrechenbar bzw. erst vom Tag der Meldung an anrechenbar ist (vgl. hierzu Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., 2019, S. 289). Im Rahmen der Covid-19-Pandemie war die Voranmeldefrist von 10 Tagen im hier interessierenden Zeitraum zwar aufgehoben (vgl. E. 2.7 vorstehend). Eine "rückwirkende Voranmeldung" konnte jedoch prinzipiell nicht erfolgen. Denn allen drei Amtssprachen des Gesetzestexts ist übereinstimmend die Verwendung des Begriffs "Voranmeldung", "préavis" bzw. "preannunciato" zu entnehmen. Demnach ist eine vorherige Anmeldung erforderlich. Der Anspruch kann folglich nur für die Zukunft entstehen. In Art. 17b Covid-19-Gesetz wird denn auch lediglich von der Voranmeldefrist abgesehen, nicht jedoch von der Voranmeldung an sich. Dies zeigt, dass am Instrument der Voranmeldung festgehalten und lediglich auf die Voranmeldefrist vorübergehend verzichtet wurde (vgl. zum



Ganzen: Entscheid des Versicherungsgerichts St. Gallen vom 28. April 2021, AVI 2020/25, E. 2 f.; zur Ausnahme für den Fall, dass bisher einzig aus dem Grund, dass weitere Anspruchsgruppen erst zu einem späteren Zeitpunkt neu zu den Berechtigten zählen, keine Voranmeldung für die entsprechenden Personen eingereicht wurde, siehe Weisung 2022/01, Ziff. 2.13).

3.3. Weil die Beschwerdeführerin die Voranmeldung erst am 4. Mai 2022 eingereicht hat, kann auch erst ab diesem Datum ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für ihre Mitarbeitenden entstehen. Dies hat die Beschwerdeführerin denn auch nicht explizit bestritten. Die vorliegende Beschwerde ist, soweit die Bewilligung für Kurzarbeitsentschädigung für den Zeitraum vom 1. April bis 3. Mai 2022 beantragt wird, somit bereits aufgrund der verspäteten Anmeldung bzw. mit der Begründung der Verwirkung abzuweisen.

4.

4.1. Zu prüfen ist im Weiteren, ob die Beschwerdeführerin respektive ihre Arbeitnehmenden ab 4. Mai 2022 die Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigung erfüllen.

4.2. Die Aufhebung der Massnahmen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie bei positiver Entwicklung der epidemiologischen Lage zeichnete sich bereits Anfang Februar 2022 ab. So teilte der Kanton St. Gallen am 9. Februar 2022 mit, die Ostschweizer Kantone würden die Aufhebung der Covid-19-Massnahmen unterstützen (https://www.sg.ch/news/sgch_allgemein/2022/02/ostschweizer-kantone-befuerworten-aufhebung--der-covid-19-massna.html, abgerufen am 19. Juni 2023). Am 16. Februar 2022 erfolgte eine Medienmitteilung des Bundes, wonach der Bundesrat die schweizweiten Massnahmen gegen die Coronapandemie gleichentags grösstenteils aufgehoben habe. Einzig die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen sowie die Isolation bleibe noch bis Ende März 2022 bestehen. In dieser Medienmitteilung wurde unter anderem festgehalten, die epidemiologische Lage entwickle sich weiter positiv. Ab 17. Februar 2022 seien deshalb fast alle Massnahmen aufgehoben, namentlich die Maskenpflicht und die Zertifikatspflicht in Innenbereichen von Restaurants. Mit der Aufhebung der Massnahmen entfalle auch die Notwendigkeit für die meisten wirtschaftlichen Unterstützungsmassnahmen. Entwickle sich die epidemiologische Lage wie erwartet, erfolge auf den 1. April 2022 eine Rückkehr in die normale Lage (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-87216.html>, abgerufen am 19. Juni 2023).



4.3. Die Parteien sind sich einig, dass für den hier zu beurteilenden Zeitraum sämtliche schweizweiten Massnahmen zur Bewältigung des Coronavirus aufgehoben waren und die Rückkehr zur "normalen Lage" stattgefunden hatte. Dementsprechend kann die Beschwerdeführerin keine Ansprüche auf Kurzarbeitsentschädigung für ihre Mitarbeitenden wegen Arbeitsausfällen als Folge von behördlichen Massnahmen (vgl. Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 AVIV) geltend machen.

5.

5.1. Ein Anspruch könnte allerdings dann gegeben sein, wenn ein anrechenbarer Arbeitsausfall (vgl. hierzu E. 2.2 vorstehend) bzw. eine rückläufige Nachfrage auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen wäre, wobei der einfache Hinweis der Beschwerdeführerin auf die Pandemie nicht als Begründung genügt (vgl. E. 2.8 vorstehend). Dies kommt nur in Frage, wenn zwischen der Gefahr eines Verlusts von Arbeitsplätzen (vgl. hierzu E. 2.5 vorstehend) bei der Beschwerdeführerin und den wirtschaftlichen Auswirkungen der Pandemie auf ihren Betrieb ein adäquater Kausalzusammenhang glaubhaft gemacht wird. Demgegenüber sind Ausfälle, die auch andere Ursachen haben können und deshalb nicht bzw. nicht allein auf die Covid-19-Pandemie zurückzuführen sind, wie etwa für den entsprechenden Dienstleistungsbetrieb übliche Schwankungen oder ein krisenbedingt verändertes Verhalten von Kunden, namentlich ein allfälliges abwartendes Kundenverhalten, nicht versichert.

5.2. Vorliegend entwickelte sich die epidemiologische Lage, wie der Bundesrat bereits in seiner Medienmitteilung vom 16. Februar 2022 festgehalten hat, im hier massgebenden Zeitraum positiv. Nachdem im Winter 2021/2022 sehr viele Erkrankungen auftraten (beispielhaft vom 7. bis 13. März 2022: 2'179 Fälle pro 100'000 Einwohner bzw. 14-Tage-Schnitt von 1'958), nahm die Zahl der Neuansteckungen speziell ab April 2022 innert kurzer Zeit rapide ab und erreichte Ende Mai 2022 einen Tiefpunkt (23. bis 29. Mai 2022: 77 Fälle pro 100'000 Einwohner bzw. 14-Tage-Schnitt von 87), bevor die Fallzahlen im Juni und Juli 2022 wieder deutlich anstiegen (Höhepunkt 4. bis 10. Juli: 635 Fälle pro 100'000 Einwohner bzw. 14-Tage-Schnitt von 570) und bis im Dezember 2022 über dem Wert von Ende Mai 2022 blieben (siehe zum Ganzen: Statistik des Bundesamtes für Gesundheit betreffend laborbestätigte Fälle in der Schweiz und Liechtenstein, abrufbar unter <https://www.covid19.admin.ch/de/epidemiologic/case>, abgerufen am 19. Juni 2023).

5.3. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach ihre Kundschaft auch noch bis Juni 2022 verunsichert war und deshalb als Folge der Pandemie teilweise ausblieb,



vermag nicht zu überzeugen. Die Entwicklung der Zahl der Neuansteckungen (und im Übrigen auch der Hospitalisierungen, siehe die entsprechende Statistik auf derselben Webseite, abgerufen am 19. Juni 2023) zusammen mit der Aufhebung der gesamten schweizweit geltenden Massnahmen am 17. Februar bzw. 1. April 2022 (siehe E. 4.2 vorstehend), dürfte die Mehrheit der Bevölkerung vielmehr ermutigt haben, die gastronomischen Angebote wieder vermehrt zu nutzen. Wenn in einzelnen Fällen weiterhin Zurückhaltung geübt und von Besuchen von Einrichtungen mit dem Potential grösserer Menschenansammlungen wie etwa Restaurationsbetrieben abgesehen wurde, widerspiegelt sich darin eher ein krisenbedingt verändertes Kundenverhalten, wie dies auch unter anderen wirtschaftlich angespannten Umständen (beispielsweise Angst vor einer Teuerung infolge einer Wirtschaftskrise) vorkommt. Ein solches Kundenverhalten gehört grundsätzlich zum normalen Betriebsrisiko und ein dadurch verursachter Arbeitsausfall ist nicht anrechenbar (siehe E. 2.3 vorstehend). Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin sowohl Take-away wie auch Aussensitzplätze anbietet (vgl. act. G3.1/A4 sowie [www.A.____](#), abgerufen am 19. Juni 2023), sodass den Kunden Alternativen zum Besuch des geschlossenen Innenraums offenstanden. Der blosser Verweis der Beschwerdeführerin auf Aussagen ihrer (Stamm-)Gäste vermag unter diesen Umständen einen Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten tieferen Gästeaufkommen und der Covid-19-Pandemie nicht glaubhaft zu machen.

5.4. Soweit die Beschwerdeführerin auf ihre Umsatzzahlen und ihren Break-even-Point verweist, kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. In der Gastronomiebranche sind Schwankungen im Kundenaufkommen in der Regel üblich und begründen keinen anrechenbaren Arbeitsausfall (vgl. E. 2.4 vorstehend). Aus der Übersicht über die monatlichen Umsätze von Januar 2018 bis März 2022 (act. G3.1/A23) geht hervor, dass die Beschwerdeführerin im Pandemiejahr 2020 trotz den damals weitgehenden Massnahmen einen deutlich höheren Umsatz erzielte als im noch nicht von der Corona-Pandemie beeinflussten Geschäftsjahr 2019. Demgegenüber lag der Umsatz im Jahr 2021 deutlich unter demjenigen der beiden Vorjahre. Die Umsätze schwanken von Monat zu Monat und differieren auch im Vergleich zum Vorjahresmonat jeweils beachtlich, sodass anhand dieser Zahlen kein Zusammenhang zwischen dem Kundenverhalten und der Pandemie bzw. ihren Nachwirkungen hergestellt werden kann.

5.5. Die Beschwerdeführerin macht geltend, indem das Seco im April 2022 die "Regelungen ab April 2022 für Kurzarbeit im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Folgen der Pandemie" herausgegeben habe, gehe es davon aus, dass auch nach der Ausrufung der "normalen Lage", sogar noch bis Ende 2022, Kurzarbeit nötig sein



könne. Sie erkennt damit richtig, dass auch ab April 2022 Konstellationen möglich sind, unter welchen weiterhin Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung wegen der Folgen der Covid-19-Pandemie besteht. Jedoch ist im vorliegenden Fall keine solche Konstellation gegeben.

5.6. Insgesamt vermag die Beschwerdeführerin nicht nachzuweisen, dass sie von ausserordentlichen Folgen der Pandemie betroffen ist und sich im antizipierten Arbeitsausfall nicht einfach das übliche Betriebsrisiko verwirklicht. Von weiteren oder zusätzlichen Abklärungen sind keine wesentlichen Erkenntnisgewinne zu erwarten. Die Folgen der Beweislosigkeit trägt somit die Beschwerdeführerin (vgl. hierzu E. 2.10 vorstehend).

6.

6.1. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, der Betrieb benötige mindestens vier Mitarbeitende. Dem ist entgegenzuhalten, dass sie gemäss der erstmaligen Voranmeldung von Kurzarbeit vom 13. März 2020 lediglich drei Mitarbeitende beschäftigte, wobei zwei zu je 100 % in der Küche beschäftigt waren und ein Mitarbeiter zu 90 % im Service und zu 10 % in der Unternehmensleitung (vgl. act. G3.1/A1). Die GmbH wurde 201_ gegründet (vgl. Handelsregistereintrag, abrufbar unter www.zefix.ch, sowie act. G3.1/A1), sodass davon ausgegangen werden kann, dass die Anlaufphase im Jahr 2019 abgeschlossen war und offenbar ein Personalbestand von drei Mitarbeitenden für den Betrieb genügte. Per 31. März 2020 trat ein Küchen-Mitarbeiter aus und per 1. April 2020 wechselte der Service-Mitarbeiter zu 90 % in die Küche, während für den Service eine neue Arbeitskraft zu 100 % angestellt wurde (act. G3.1/A4). Vorerst blieb es also bei drei Anstellungsverhältnissen. Erst in der Voranmeldung für Kurzarbeit vom 29. Oktober 2020, mithin nach Ausbruch der Pandemie, hatte die Beschwerdeführerin ihren Personalbestand auf 400 % Stellenprozent aufgestockt, wobei gegenüber dem Stand vom 1. April 2020 zwei Mitarbeitende ersetzt worden sind (act. G3.1/A8). Gemäss der von der Beschwerdeführerin eingereichten Tabelle mit Stand August 2021 war seit Oktober 2020 ein weiteres Arbeitsverhältnis beendet und waren wiederum neue Mitarbeitende angestellt worden, [...] (act. G3.1/A17). Per Dezember 2021 [...] betrug der Personalbestand wieder vier Personen mit je 100 Stellenprozent (act. G3.1/A21). Per 28. Februar 2022 trat ein Mitarbeiter aus und per 8. März 2022 wurde wiederum ein Arbeitnehmer im 100%-Pensum angestellt (act. G3.1/A26 f.).

6.2. Nachdem die Beschwerdeführerin im Jahr 2019 und zumindest in der ersten Jahreshälfte 2020 also offenbar mit drei Mitarbeitenden ausgekommen ist, erscheinen



ihre Ausführungen, wonach mindestens vier Mitarbeitende für den Betrieb erforderlich sind, nicht überzeugend. Die Beschwerdeführerin hat nach Eintritt der Corona-Pandemie und während diese noch auf unbestimmte Zeit andauerte trotz der Tatsache, dass sie erst gerade Kurzarbeitsentschädigung beantragt hatte, eine zusätzliche Person angestellt und kurz danach erneut Kurzarbeit vorangemeldet. Eine neue Anstellung, bei der im Vorhinein klar ist, dass Kurzarbeit bezogen werden muss, ist nicht im Sinne des Instruments der Kurzarbeit. Denn damit würde das Betriebsrisiko an die Sozialversicherungen ausgelagert, was nicht dem Zweck der Gesetzgebung, bereits bestehende Arbeitsplätze im Betrieb zu erhalten, entspricht (vgl. dazu E. 2.5 vorstehend).

6.3. Ausserdem ersetzte die Beschwerdeführerin laufend austretendes Personal. Angesichts dieser mehrfachen Wechsel wäre es ihr mit Blick auf die fortdauernde Pandemie und die damit verbundenen wirtschaftlichen Auswirkungen im Rahmen ihrer Schadenminderungspflicht (vgl. Art. 51 Abs. 1 AVIV) möglich und zumutbar gewesen, geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen zu ergreifen. So hätte sie etwa einen austretenden Mitarbeitenden nicht mehr ersetzen oder anlässlich eines Personalwechsels den Beschäftigungsgrad anpassen bzw. die Anstellungsbedingungen flexibler gestalten können. In Frage gekommen wäre unter anderem ein Arbeitsverhältnis auf Stundenlohnbasis, Jahresarbeitszeit oder Arbeit auf Abruf. Indem sie dies nicht tat, nahm sie das angesichts der vorliegenden Umstände reelle Risiko eines Arbeitsausfalls in Kauf, welches grundsätzlich vermeidbar gewesen wäre. Dabei handelt es sich um ein Betriebsrisiko, welches nicht mit dem Mittel der Kurzarbeitsentschädigung ausgeglichen werden kann.

6.4. Anzumerken ist, dass in der Regel kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn in einem Betrieb lediglich die zu verrichtenden Arbeiten, nicht aber die Präsenzzeiten abnehmen (vgl. Kupfer Bucher, a.a.o., S. 260 mit Hinweis). Soweit die Beschwerdeführerin also impliziert, aus arbeitszeitlichen Gründen bei gleichbleibender Präsenzzeit und tieferem Gästeaufkommen ein Personal von mindestens vier Mitarbeitenden zu benötigen, kann sie daraus vorliegend nichts zu ihren Gunsten ableiten. In diesem Kontext ist daran zu erinnern, dass Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung nicht die Existenzsicherung des Betriebs bzw. die Deckung von Umsatzeinbussen ist, sondern der Erhalt von Arbeitsplätzen durch die Verhinderung von kurzfristig aufgrund des Arbeitsrückgangs ausgesprochener Kündigungen (vgl. Botschaft vom 12. August 2020 zum Covid-19-Gesetz, BBl 2020 2068, 6563 ff., Ziff. 2.3.8; vgl. auch BGE 147 V 359 E. 4.6.3), weshalb ein effektiver Arbeitsausfall vorausgesetzt ist.



7.

7.1. Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdegegner einen von der Covid-19-Pandemie verursachten Arbeitsausfall als nicht glaubhaft gemacht erachtet hat. Demnach fehlt es an der Voraussetzung eines anrechenbaren Arbeitsausfalls. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

7.2. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG).

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.