

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2021 106

Entscheid vom 15. Dezember 2021

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Dr.oec. Andreas Risi, Richter
Dr.iur. Frank Lampert, Richter
lic.iur. Prisca Reichlin Brügger, Gerichtsschreiberin

Parteien

A._____ AG,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. B._____.

gegen

Amt für Arbeit, Lückenstrasse 8, Postfach 1181, 6431 Schwyz,
Vorinstanz,

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Covid-19; Kurzarbeitsentschädigung)

Sachverhalt:

A. Die A. _____ AG betreibt an der D. _____ strasse in C. _____ ein Optikfachgeschäft. Sie beschäftigt 5 Angestellte und einen Lehrling.

Am 13. Januar 2021 beschloss der Bundesrat zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie weitergehende Massnahmen. So wurden ab Montag, 18. Januar 2021 Einkaufsläden und Märkte geschlossen und eine Home-office-Pflicht eingeführt. Ausgenommen waren Läden und Märkte, die Güter des täglichen Bedarfs oder auch medizinische Hilfsmittel wie Brillen oder Hörgeräte anbieten (vgl. Art 5e der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26]; Änderung vom 13.1.2021).

Am 18. Januar 2021 reichte die A. _____ AG beim Amt für Arbeit die Voranmeldung von Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb ein. Von der voraussichtlich vom 18. Januar bis 30. April 2021 dauernden Kurzarbeit mit einem erwarteten Arbeitsausfall von 50% seien fünf Arbeitnehmende betroffen (Vi-act. 1).

B. Nach Einholen ergänzender Informationen (Vi-act. 2, 3) erhob das Amt für Arbeit mit Verfügung vom 19. Februar 2021 Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung (Vi-act. 4). Hiergegen reichte die A. _____ AG am 19. März 2021 Einsprache ein (Vi-act. 5), die mit Einspracheentscheid Nr. 200/21 vom 13. September 2021 abgewiesen wurde (Vi-act. 8).

C. Am 14. Oktober 2021 lässt die A. _____ AG beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde erheben mit den Rechtsbegehren:

1. Der Einspracheentscheid Nr. 200/21 vom 13. September 2021 sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei die Kurzarbeitsentschädigung vom 18. Januar 2021 bis zum 28. Februar 2021 zuzusprechen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Mehrwertsteuer zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

D. Mit Vernehmlassung vom 8. November 2021 beantragt das Amt für Arbeit die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Hierzu nimmt die Beschwerdeführerin am 24. November 2021 Stellung.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (KAE), wenn u.a. der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 31 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über

die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG, SR 837.0) und der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG).

Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG) und je Abrechnungsperiode mindestens 10 Prozent der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebes insgesamt normalerweise geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG). Der Bundesrat regelt für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die auf behördliche Massnahmen zurückzuführen sind (Art. 32 Abs. 3 AVIG). In Ausübung dieser Regelungskompetenz hat der Bundesrat in Art. 51 Abs.1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV; SR 837.02) statuiert, dass Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, anrechenbar sind, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann. Als behördliche Massnahmen, welche zu anrechenbaren Arbeitsausfällen führen, gelten beispielsweise Ein- und Ausfuhrverbote, Kontingentierungen von Rohstoffen, Sperrungen von Zufahrtswegen oder Einschränkungen der Energieversorgung (Art. 51 Abs. 2 AVIV).

Durch die Behörde ergriffene Massnahmen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie fallen ebenfalls unter die Sonderregelung von Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV. Dies gilt auch für Massnahmen, die nur einzelne Branchen betreffen und für Massnahmen, die von kantonalen oder kommunalen Behörden angeordnet wurden (vgl. die damals gültige Weisung Nr. 2021/01 "Sonderregelung aufgrund der Pandemie" des Staatssekretariats für Wirtschaft, SECO, vom 20.1.2021, S. 10 f.).

Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall insbesondere dann, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen wie Reinigungs-, Reparatur- oder Unterhaltsarbeiten sowie andere übliche und wiederkehrende Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG) oder 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 KAE ausschliessen (ARV 1997 Nr. 12 S. 65, mit Verweisen).

1.2 Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe in Berücksichtigung des präventiven Charakters der KAE 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 BGer 8C_549/2017 vom 20.12.2017 Erw. 3.2 m.H.; BGE 128 V 305 Erw. 3a; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2410 Rz. 479 f.).

Der auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführende Arbeitsausfall muss unvermeidbar gewesen sein. Diese kumulativ erforderliche Voraussetzung ist Ausdruck der Schadenminderungspflicht. Vom Arbeitgeber kann verlangt werden, dass er zumutbare Vorkehren zur Abwendung des Arbeitsausfalls trifft. Vermeidbar ist die Kurzarbeit jedoch nicht bereits deshalb, weil der Arbeitgeber ihr durch Personalentlassungen hätte vorbeugen können. Vielmehr muss sich die Annahme der Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls auf hinreichend konkrete Gründe stützen und die Verwaltung muss geeignete zumutbare Massnahmen nennen, die der Arbeitgeber zu ergreifen unterlassen hat (Nussbaumer, a.a.O., S. 2410 f. Rz 480 m.H.; Pra 77 Nr. 26).

1.3 Die KAE hat die präventive Funktion, Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Entlassungen zu verhindern und Arbeitsplätze zu erhalten. Neben sozialen und wirtschaftlichen Überlegungen spielen dabei auch finanzielle Interessen der ALV mit hinein, weil Ganzarbeitslose höhere Kosten verursachen. Die Erhaltung der Arbeitsplätze liegt aber auch im Interesse des Arbeitgebers, indem der Produktionsapparat über die Zeit der Kurzarbeit hinweg intakt und die Stammbesetzung erhalten bleiben kann (Nussbaumer, a.a.O., S. 2401 Rz 566, BGE 123 V 234 Erw. 7a m.H.).

Indessen ist nicht zu verkennen, dass die gesetzliche Regelung der KAE sich am Grundsatz der Verhältnismässigkeit orientiert und somit nicht jede Verkürzung oder Einstellung der Arbeitszeit entschädigt (vgl. Art. 31-35 AVIG). Überdies ist zu beachten, dass das Institut der KAE - entsprechend dem aus Art. 31 BV hervorgehenden Grundsatz der Wettbewerbsneutralität (vgl. BGE 121 I 134 f. Erw. 3d) - dort seine Grenzen findet, wo es zur Erhaltung nicht mehr dem Markt entsprechender Betriebsstrukturen eingesetzt wird (ARV 1985 Nr. 17 S. 109; ALV-Praxis 92/2). Auch die Bestimmungen des AVIG sind in diesem Sinne verfassungskonform auszulegen (vgl. BGE 120 Ia 290 Erw. 2b; 119 V 130 Erw. 5b; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 24 S. 76 ff.).

1.4 Eine Pandemie kann aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG betrachtet werden, selbst wenn unter Umständen jeder Arbeitgeber davon betroffen sein kann. Demnach sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AIVG anrechenbar. Soweit zu Beginn der Pandemie der schlichte Hinweis auf diese als Begründung für KAE ausreichend war, muss der Arbeitgeber jetzt jedoch glaubhaft darlegen können, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen sind (Weisung SECO 2021/01 vom 20.1.2021; Aktualisierung "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie", Ziff. 2.2).

1.5 Gemäss der SECO-Weisung Aktualisierung "Sonderregelung aufgrund der Pandemie" entfiel mit der schrittweisen Lockerung für die betroffenen Betriebe in den meisten Fällen die behördliche Massnahme als Begründung eines Anspruches auf KAE. Als Ausfluss der Schadenminderungspflicht waren die Unternehmungen grundsätzlich gehalten, den Betrieb wieder aufzunehmen, sobald dies erlaubt war (vgl. Weisung Nr. 2021/01 vom 20.1.2021, S. 12). Das Kreisschreiben führte aber diverse Ausnahmen auf (Weisung Nr. 2020/01 vom 20.1.2021, S. 12 f.). So besteht grundsätzlich weiterhin ein Anspruch auf KAE, wenn ein Betrieb aufgrund der geltenden Massnahmen zum Gesundheitsschutz nur einen Teil der Arbeitnehmenden beschäftigen kann. Dann ist der Anspruch auf KAE für Arbeitsausfälle von Arbeitnehmenden gegeben, die nur teilweise oder nicht beschäftigt werden können. Sodann besteht ein Anspruch auf KAE, wenn ein Betrieb aus wirtschaftlichen Folgen der Pandemie nur einen Teil der Arbeitnehmenden beschäftigen kann (etwa, weil die für die Tätigkeit notwendigen Produkte pandemiebedingt nicht beschafft werden können). Anzuerkennen ist ein Arbeitsausfall auch, wenn es objektiv unmöglich ist, die notwendigen Verhaltens- und Hygienemassnahmen umzusetzen und wenn ein Betrieb plausibel darlegen kann, dass der Verlust bei Weiterführung grösser ist als bei vorübergehender Schliessung. Anzuerkennen sind auch indirekte Folgen von behördlichen Massnahmen, wenn etwa ein Restaurant nicht öffnen kann, da es nur über ein Angebot erschlossen ist, das einem Betriebsverbot unterliegt (vgl. auch VGE II 2021 28 vom 16.6.2021 Erw. 3.2.2). Schliesslich hat auch ein Betrieb Anspruch auf KAE, der plausibel darlegen kann, dass die Erfüllung behördlicher Auflagen einen wirtschaftlichen Betrieb verunmöglicht (z.B. Öffnungszeit bis 19 Uhr für Restaurant, das den Grossteil des Umsatzes am Abend erzielt) und der Verlust bei teilweiser Weiterführung grösser ist als bei vorübergehender Schliessung. Zudem versteht sich von selbst, dass auch während der Pandemie die allgemeinen

Voraussetzungen zur KAE weiterhin Geltung haben, namentlich etwa, dass bei Kurzarbeit, welche auf das normale Betriebsrisiko eines Arbeitgebers zurückzuführen ist, kein Anspruch auf Entschädigung besteht (vgl. oben Erw. 1.1 - 1.3).

1.6 Wie das Verwaltungsgericht in früheren Entscheiden bereits ausführte, stellen Umsatzeinbussen keine Arbeitsausfallstunden dar und sie bilden für sich alleine keine Grundlage für die Ausrichtung von KAE (vgl. VGE II 2020 108 vom 1.2.2021 Erw. 2.1 und 2.2; VGE II 2021 47 vom 13.7.2021 Erw. 3.3). Kann aber das Personal oder ein Teil davon aufgrund anzuerkennender Gründe (vgl. zuvor Erw. 1.5) nicht arbeiten, besteht ein Anspruch auf KAE (VGE II 2020 108 vom 1.2.2021 Erw. 3.5). Im zitierten Entscheid hat das Gericht auch festgehalten (Erw. 3.5.3), dass ein Anspruch auf KAE nicht per se ausgeschlossen ist, wenn ein Betrieb zwar wiedereröffnet worden ist, jedoch zu reduzierten Öffnungszeiten. Dies müsse nicht in jedem Fall einen Verstoss gegen die Schadenminderungspflicht darstellen. Die Reduktion der Öffnungszeiten müsse aber überwiegend wahrscheinlich auf die Covid-19-Pandemie zurückzuführen sein und es müsse plausibel sein, dass ein Betrieb während den gekürzten Stunden realistischerweise nicht wirtschaftlich geführt werden könne. Dies entspricht so auch der Weisung des SECO, wonach ein Anspruch auf KAE bestehen kann, wenn ein Betrieb geschlossen bleibt, wenn der Verlust bei Betriebsführung grösser als bei vorübergehender Schliessung wäre und er dies plausibel darlegen kann (Weisung Nr. 2021/01 vom 20.1.2021, S. 13).

2.1 Mit Beschluss vom 13. Januar 2021 hatte der Bundesrat die im Dezember 2020 beschlossenen Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie um fünf Wochen verlängert; Restaurants, Kulturbetriebe, Sportanlagen und Freizeiteinrichtungen mussten bis Ende Februar 2021 geschlossen bleiben. Wegen der angespannten Lage (namentlich wegen viel ansteckenderen Virusvarianten) beschloss er zudem neue Massnahmen: Ab 18. Januar 2021 galt eine Home-Office-Pflicht, Läden für Güter des nicht-täglichen Bedarfs mussten schliessen und private Veranstaltungen und Menschenansammlungen wurden weiter eingeschränkt (vgl. Covid-19-Verordnung besondere Lage, Änderungen vom 13.1.2021; Medienmitteilung Bundesrat vom 13.1.2021).

Es ist unbestritten, dass das Geschäft der Beschwerdeführerin (Optikfachgeschäft) weder von den bestehenden noch den neu ab 18. Januar 2021 geltenden Massnahmen direkt betroffen war, da Läden mit medizinischen Hilfsmitteln, zu welchen explizit auch Brillen und Hörgeräte zählen, von den Ladenschliessungen nicht betroffen waren (vgl. Art. 5e Abs. 2 lit. b Covid-19-Verordnung besondere Lage).

2.2 Am 18. Januar 2021 reichte die Beschwerdeführerin die Voranmeldung für Kurzarbeit vom 18. Januar 2021 bis 30. April 2021 ein für den Gesamtbetrieb, d.h. fünf Angestellte. Den voraussichtlichen Arbeitsausfall bezifferte sie auf 50% (Vi-act. 1).

Am 27. Januar 2021 verlangte die Vorinstanz eine Präzisierung, inwiefern die aktuellen Covid-Massnahmen und das dazugehörige Schutzkonzept zum angegebenen Arbeitsausfall führen würden, welche Massnahmen seit Mai 2020 zur Vermeidung von Kurzarbeit ergriffen wurden und wie die Öffnungszeiten ausgestaltet seien. Auflisten musste die Beschwerdeführerin auch die monatlichen Umsätze von Januar 2018 bis Dezember 2019. Des Weiteren führte die Vorinstanz aus (Vi-act. 2):

Kundinnen und Kunden haben sich mittlerweile an die Schutzmassnahmen gewöhnt. Die Pandemie begleitet die Gesellschaft bereits seit Februar 2020 und wird uns vermutlich noch länger beschäftigen. Ihre angebotenen Dienstleistungen decken grundsätzliche Individualbedürfnisse und werden eher weniger oft verschoben. Bitte beschreiben Sie, wie der Umstand eines ausserordentlichen Umstandes erfüllt sein soll.

Die Beschwerdeführerin reichte am 2. Februar 2021 ihr Schutzkonzept sowie die einverlangten Umsatzzahlen ein. Zudem beantwortete sie die Fragen wie folgt (Vi-act. 3):

Bei der A. _____ AG ist der Umsatz nach Aussprache des Lockdowns (ab 18.01.2021) erneut eingebrochen. In C. _____ sind wir enorm von der Laufkundschaft abhängig, welche durch die neuen Massnahmen des Bundes leider wegbleiben.

Aufgrund dessen haben wir ab 19.01.2021 die Öffnungszeiten angepasst. Aktuell ist unser Geschäft in C. _____ von Dienstag bis Samstag jeweils von 09.00 Uhr bis 13.00 Uhr geöffnet. Die Öffnungszeiten vor Covid-19 waren Montag bis Freitag 08.30 Uhr bis 12.00 Uhr und 13.30 Uhr bis 18.30 Uhr, am Samstag jeweils von 08.30 Uhr bis 16.00 Uhr.

2.3 Am 19. Februar 2021 erhob die Vorinstanz Einspruch gegen die Auszahlung von KAE (Vi-act. 4). Sie hielt fest, Covid-19 begleite die Bevölkerung seit Februar 2020; zahlreiche Branchen seien von behördlichen Massnahmen betroffen. Die Optik-Branche sei jedoch nicht Ziel von behördlichen Schliessungen; die Dienstleistungen könnten unter Einhaltung der Hygiene-Massnahmen weiterhin angeboten werden. Mit der Kürzung der Öffnungszeiten komme die Beschwerdeführerin ihrer Schadenminderungspflicht nicht nach. Es wäre zumutbar gewesen, die vor Lockdown geltenden Öffnungszeiten weiterzuführen. Demgegenüber habe die Beschwerdeführerin diese von 50h/Wo auf 20h/Wo eingeschränkt. Dass damit ein Umsatz- und Arbeitsausfall eintrete, sei nicht Covid-19, sondern den gekürzten Öffnungszeiten geschuldet. Die Beschwerdeführerin könne daher nicht

nachweisen, dass sie alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen habe, um den der Arbeitslosenversicherung entstehenden Schaden zu vermeiden oder mindern. Die Kunden hätten sich sodann mehrheitlich an die veränderte Situation mit Schutzkonzepten gewöhnt. Die Nachfrage nach einer neuen oder neu korrigierten Brille sei eher unelastisch, da in manchen Fällen auf eine Anpassung nicht verzichtet werden könne. Eine angepasste Brille erscheine nicht als Produkt, dessen Bestellung im Allgemeinen hinausgezögert werde. Hierfür spreche, dass im November 2020 nur wenige Optikbetriebe eine KAE-Voranmeldung eingereicht hätten. Schliesslich sei die Situation mit dem Covid-19-Virus mittlerweile 'Alltag' und der daraus entstehende Arbeitsausfall könne bei einem Optikbetrieb deshalb nicht mehr als aussergewöhnlich bezeichnet werden. Die Situation sei betriebsüblich und könne jeden Betrieb der Branche gleichermassen treffen. Die von der Beschwerdeführerin dargelegten Gründe, namentlich die eingeschränkten Öffnungszeiten stellten keine aussergewöhnlichen Umstände mehr dar. Der Anspruch auf KAE werde daher abgelehnt.

2.4 Gegen den Einspruch erhob die Beschwerdeführerin am 19. März 2021 Einsprache, die sie wie folgt begründete (Vi-act. 5):

Im ersten Lockdown (16.3.2020 bis 26.4.2020) habe man einen Umsatzeinbruch von 50.5% gegenüber dem Vorjahr erlitten. Die Vorinstanz habe ihr KAE bewilligt, welche sie ab 27. April 2020 habe verringern können. Seit Juli 2020 habe sie keine KAE mehr bezogen.

Im zweiten Lockdown (18.1.2021 bis 28.2.2021) habe man einen Umsatzeinbruch von 37.9% gegenüber 2020 erlitten. Man habe KAE beantragt im guten Glauben, in der aussergewöhnlichen Situation erneut unterstützt zu werden.

Es befremde, dass die Vorinstanz von Covid-19 'Alltag' spreche, wenn der Bundesrat einen Lockdown beschliesse. Lockdown sei nicht Alltag, sondern eine aussergewöhnliche, einschneidende Massnahme.

Mit dem Lockdown und dem Aufruf, zuhause zu bleiben, sei die Laufkundschaft komplett weggefallen. Die Beschwerdeführerin habe nur noch auf Termine gearbeitet und der Kundschaft auch Nachmittagstermine angeboten. Das Angebot sei kaum wahrgenommen worden, weshalb man entschieden habe, am Nachmittag zu schliessen. Den Kundenbedarf habe man mit Morgenterminen zu 90% bedienen können, zu 10% nachmittags.

Die Beschwerdeführerin habe nicht nur die Pflicht, sondern auch den Willen, die Arbeitnehmenden zu halten und nicht zu entlassen. Um Kosten zu senken, habe man beschlossen, nachmittags geschlossen zu halten, da dann mangels Laufkundschaft weniger Einnahmen erwirtschaftet werden könnten. Man habe daher

mit all den zur Verfügung stehenden Mitteln versucht, einen Schaden für die Arbeitslosenversicherung zu vermeiden.

Dies zeige sich auch darin, dass ab 1. Juli 2020 keine KAE mehr beansprucht worden sei und man - anders als andere Optikgeschäfte - nicht bereits ab November 2020 KAE bezogen habe.

Ein Optikbetrieb sei nicht unelastisch. Bei einem Lockdown von 1.5 Monaten hätten viele Kunden, namentlich Risikopersonen, nicht wirklich dringliche Einkäufe verschoben. Der Lockdown habe ja auch bezweckt, den Personenfluss zu reduzieren. Während des Lockdowns sei ihr Angebot - von Notfällen wie kaputte Brillen abgesehen - elastisch.

Der Umsatzeinbruch während des 2. Lockdowns sei nicht vermeidbar gewesen, da die Laufkundschaft komplett weggebrochen sei. Davon sei der Standort C. _____ als bekanntes Ausflugsziel besonders betroffen, da die Schweizer- und Nichtschweizer-Touristen weggefallen seien.

Nach Eingang des Einspruchs am 20. Februar 2021 habe man wieder die normalen Öffnungszeiten eingeführt. Ein Umsatzvergleich der Wochen während dem Lockdown mit gekürzten Zeiten und Wochen mit normalen Zeiten zeige, dass die gekürzten Öffnungszeiten nicht einen Mehrumsatz verhindert hätten. Hingegen habe man Kosten senken können. Man sei der Schadenminderungspflicht nachgekommen. Zudem zeigten die Zahlen nach Beendigung des Lockdowns erneut einen Aufwärtstrend, was den Einbruch während des Lockdowns bestätige.

2.5 Im Einspracheentscheid vom 13. September 2021 hält die Vorinstanz fest (Vi-act. 8):

Für gewisse Branchen seien die Massnahmen ab 18. Januar 2021 einschneidend gewesen. Die Optikbranche sei von den Schliessungen nicht betroffen gewesen; die Dienstleistungen hätten mit Schutzkonzept angeboten werden können.

Die Beschwerdeführerin habe einen Tag, den 18. Januar 2021, abgewartet, um die Entscheidung zur Kürzung der Öffnungszeiten ab 19. Januar 2021 zu treffen. Da habe sie gar noch nicht um einen Einbruch der Laufkundschaft wissen können, zumal die Optikbranche von den Schliessungen nicht betroffen gewesen sei.

In den Wochen vom 15. bis 28. Februar 2021 mit normalen Öffnungszeiten habe die Beschwerdeführerin hochgerechnet einen hypothetischen Monatsumsatz erzielt, den sie in fünf Monaten vor Covid-19 nicht erreicht habe.

KAE werde nicht für Umsatzeinbussen geleistet. KAE übernehme einen Teil der Lohnkosten für Mitarbeitende, die nicht mehr in dem Masse beschäftigt werden

könnten, wie dies vertraglich vorgesehen sei. Schwankungen in der Auftragslage seien in der Regel üblich und würden keinen anrechenbaren Arbeitsausfall begründen, ausser sie seien auf ausserordentliche Umstände zurückzuführen. Solche ausserordentlichen Umstände könne die Beschwerdeführerin ab dem 18. Januar 2021 nicht plausibel und nachvollziehbar darstellen. Die Dienstleistungen hätten mit Schutzkonzept angeboten werden können. Sie selber habe entschieden, die Öffnungszeiten massiv einzuschränken. Dies sei dahingehend nicht nachvollziehbar, als das zweite Halbjahr 2020 - trotz Covid-19 Einschränkungen - für die Beschwerdeführerin eine aussergewöhnlich erfolgreiche Periode gewesen sei. Auch zeigten die Umsatzzahlen vom 15. bis 28. Februar 2021, dass bei üblichen Öffnungszeiten die Umsatzschwankungen nicht aussergewöhnlich hoch gewesen seien. Auch habe man nicht von einem Einbruch wie im Frühjahr 2020 ausgehen müssen, da damals aufgrund der Informationslage die Angst vor Auswirkungen ihren Höhepunkt gehabt habe. Schliesslich sei aus den Umsatzzahlen ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin in den Wintermonaten generell tiefere Kundenfrequenzen aufweise, was mit der Tourismusdestination C._____ zusammenhängen könne. Zudem könne aus den Zahlen nach Lockdown kein Aufwärtstrend herausgelesen werden; damit bestehe während des Lockdowns auch kein Einbruch.

3.1 Vor Verwaltungsgericht bestätigt die Beschwerdeführerin, für ihr Optikgeschäft habe während des 2. Lockdowns keine Schliessungspflicht bestanden; mit Schutzkonzept habe sie den Laden öffnen können. Anders als Lebensmittelläden hätten die Optikgeschäfte die Schliessungen indirekt durch Nachfragerückgang und damit Arbeitsausfall gespürt. Zum einen hätten die Leute gar nicht gewusst, dass Optikgeschäfte von den Schliessungen nicht betroffen waren und zum andern sei wegen der bundesrätlichen Empfehlung, zu Hause zu bleiben, die Laufkundschaft grossenteils entfallen. An der D.____strasse, wo ihr Geschäft lokalisiert sei, hätten sämtliche Geschäfte geschlossen. Zusätzlich habe man mit einem Einbruch des Tourismus in C._____ rechnen müssen. Der im Januar und Februar 2021 erlittene Umsatzeinbruch bestätige den Arbeitsausfall der Beschwerdeführerin. Die Anzahl Aufträge hätten sich im Vergleich zu den Vor- und Nachmonaten praktisch halbiert, entsprechend auch die Arbeitszeit der Mitarbeitenden. Nach Zustellung des Einspruchs habe sie ihr Geschäft wieder ganztags geöffnet, obwohl hierzu nicht genügend Arbeit vorhanden gewesen sei.

Bei der Kundschaft habe es sich während der behördlichen Schliessung mehrheitlich um Notfälle (kaputte Brillen) gehandelt. Entsprechend habe man einen Nachfragerückgang verzeichnen müssen. Dies habe dazu geführt, dass das Personal nicht mehr im vereinbarten Pensum habe beschäftigt werden können. Dass

Umsatz und Aufträge eingebrochen seien, widerspiegle sich in den vorgelegten Zahlen.

Die Beschwerdeführerin bestreitet, die Kürzung der Öffnungszeiten beschlossen zu haben, ohne wissen zu können, dass der Lockdown zu einem Arbeitsausfall führe. Sie habe dies sehr wohl abschätzen können. Dies anhand der Erfahrungen aus dem ersten Lockdown und aufgrund der vereinbarten Termine. Dass die Laufkundschaft unter den gegebenen Umständen entfalle, sei geradezu gerichtsnotorisch. Wenn sämtliche Läden und Restaurants an der D.____strasse geschlossen seien, bestehe für potentielle Kunden kein Grund, sich dort aufzuhalten.

Der Einbruch der Umsatz- und Auftragszahlen stelle ein starkes Indiz für den Arbeitsausfall dar. Niedriger Umsatz spreche für wenig Arbeit; ein hoher Umsatz im Gegenzug dazu aber nicht zwingend für viel Arbeit, könne es sich doch auch um kostspielige Aufträge handeln.

Die Vorinstanz könne nicht einfach einen Wochenumsatz im Februar auf einen Monat hochrechnen und daraus auf einen hohen Umsatz schliessen. Es müssten die wöchentlichen Umsatzschwankungen berücksichtigt werden.

Die Kantone E._____ und F._____ hätten den Schwesterbetrieben der Beschwerdeführerin KAE bewilligt und damit die aussergewöhnlichen Umstände anerkannt. Anders als die Vorinstanz hätten sie es abgelehnt, die Schwankung als übliches Betriebs- bzw. Unternehmerrisiko zu werten. Es handle sich denn auch nicht um natürliche Schwankungen in der Auftragslage. Vielmehr hätten die behördlichen Massnahmen im Januar 2021 einen starken Einfluss auf die Auftragslage der Beschwerdeführerin gehabt, was für sie unvermeidbar und nicht auf ihr Verhalten zurückzuführen gewesen sei.

Unzutreffend sei die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Wintermonate immer umsatzschwächere Monate seien. Die Daten würden vielmehr aufzeigen, dass es im Sommer und Winter umsatzstarke und umsatzschwache Monate gebe.

Insgesamt sei die Beschwerdeführerin daher sehr wohl von einem anrechenbaren Arbeitsausfall betroffen gewesen, der auf die behördlichen Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie zurückzuführen sei.

3.2 Die Vorinstanz verweist vernehmlassend auf den Einspracheentscheid und ergänzt, dass die Beschwerdeführerin keine Beweise vorlege, wonach ein tiefer Umsatz immer wenig Arbeit bedeute und ein hoher Umsatz aber auch mit kostspieligen Aufträgen verbunden sein könne; es werde nicht dargelegt, weshalb sich die wertmässige Höhe der Aufträge ab Januar 2021 nennenswert hätte än-

dern sollen. Soweit die Beschwerdeführerin auf Schwesterngesellschaften in andern Kantonen verweise, welche KAE bewilligt erhielten, sei festzuhalten, dass sie auch im Kanton Schwyz zwei Schwesterngesellschaften habe, welche keine KAE beantragt hätten. Wenn aber der Lockdown für die Optikbranche die behaupteten negativen Auswirkungen gehabt hätte, sei es nicht nachvollziehbar, weshalb die beiden Schwesterngesellschaften ohne Kurzarbeit ausgekommen seien. Und wenn schliesslich die Beschwerdeführerin einen generell tieferen Umsatz in den Wintermonaten bestreite, so halte die Vorinstanz aufgrund der eingereichten Umsatzzahlen und C._____ als Sommer-Tourismusdestination an ihrem Schluss fest.

3.3 Mit Stellungnahme vom 24. November 2021 bestätigt die Beschwerdeführerin, für die Geschäfte in G._____ und H._____ keine KAE beantragt zu haben. Deren Situation sei grundlegend anders. Covid-19 habe da zu keinem wesentlichen Umsatzeinbruch geführt. Die Kundenstruktur sei eine gänzlich andere, sie bestehe aus wenig Laufkundschaft aber vielen Stammkunden, mit welchen Termine vereinbart würden. Zudem liege das Geschäft in H._____ vis à vis des Metzgers und in G._____ des Coop, welche beide stets geöffnet gewesen seien. In C._____ sei die Situation ähnlich einem Einkaufscenter; die Laufkundschaft mache einen wesentlichen Teil aus. Wenn nun alle Geschäfte bis auf die Grundversorger geschlossen seien, entfalle die Laufkundschaft. Es sei gerichtsnotorisch, dass C._____ das ganze Jahr über eine grössere Zahl Touristen beherberge und viele Tagestouristen den Ort besuchten. Während des Lockdowns sei dies praktisch völlig ausgeblieben. Natürlich sei auch H._____ ein Touristenort, aber die Klosterkirche sei nicht geschlossen gewesen und die Kundenstruktur sei eine andere als in C._____. Dass für G._____ und H._____ keine KAE beantragt worden sei, zeige doch gerade auf, dass die Verantwortlichen der Beschwerdeführerin die KAE nicht unnötig beanspruchen wollten und redlich unterwegs seien.

4.1 Die Betrachtung allein der Umsatzzahlen kann nicht entscheidend sein. So hält die Beschwerdeführerin selber fest, Umsatz und Umsatzeinbruch könne nicht mit Arbeit und Arbeitsausfall gleichgesetzt werden. Zum einen kann ein einzelner Auftrag viel Umsatz generieren und zum andern wird - gemäss Aussage der Beschwerdeführerin - der Umsatz bei Zahlungseingang erhoben, was durchaus zeitlich versetzt zum Arbeitsaufwand erfolgen kann. Aus diesen Gründen dürften auch Hochrechnungen eines Wochenumsatzes nicht unproblematisch sein. Andererseits äussert die Vorinstanz zu Recht, die Beschwerdeführerin erkläre nicht, inwiefern sich der Umsatz in der Zeit des Lockdowns anders zusammensetze als in den Vor- und Nachmonaten.

Ein Blick auf den Umsatzreport Januar 2018 bis September 2021 (Bf-act. 7) zeigt, dass der Umsatz der Beschwerdeführerin starken monatlichen Schwankungen unterworfen ist. Eine Abhängigkeit von den Jahreszeiten lässt sich nicht ausmachen; die monatlichen Zahlen unterscheiden sich auch zwischen den Jahren erheblich. Auffallend ist, dass bereits der Monat Februar 2020 (Fr. 48'857) unterdurchschnittlich war, dann aber insbesondere der April 2020, der zur Gänze im 1. Lockdown lag, sehr tief (Fr. 19'457) ausfiel. Auffallend tief ist auch der Januar 2021 (Fr. 44'723), wogegen der Februar 2021 (Fr. 48'079) in etwa dem Umsatz des Vorjahres 2020 (Fr. 48'857) ohne Corona entspricht. Der in der Einsprache geltend gemachte Umsatzeinbruch während des zweiten Lockdowns von über - 37.9% im Vergleich zum Vorjahr ist auf jeden Fall nicht nachvollziehbar (Fr. 117'758 für 2020 zu Fr. 92'802 für 2021) und wird so in der Beschwerde auch nicht mehr geltend gemacht. Insgesamt kann aber nicht bestritten werden, dass die Umsätze der Monate Januar und Februar 2021 über alle Monate seit Januar 2018 mit Abstand zu den tiefsten zählen. Insofern besteht durchaus eine Auffälligkeit. Zumindest theoretisch könnte diese aber auch mit den verkürzten Öffnungszeiten in Zusammenhang stehen.

4.2 Neben den Umsatzzahlen reichte die Beschwerdeführerin auch eine Auflistung der monatlichen Aufträge für Brillen, Kontaktlinsen und Baraufträge Januar 2020 bis September 2021 ein (Bf-act. 8). Daraus wird ersichtlich, dass sich der Wert pro Auftrag in allen drei Auftragsarten wesentlich unterscheidet und innerhalb der Auftragsarten schwankt (was bestätigt, dass vom Umsatz nur bedingt auf den Arbeitsan- bzw. -ausfall geschlossen werden kann). Bezüglich Brillen kann für die Monate Januar und Februar 2021 ein Einbruch der Aufträge festgestellt werden. Wurden im Jahr 2020 pro Monat im Schnitt 144 Brillenaufträge erledigt (ohne März und April 2020 [Lockdown] gar 161), so waren es im Januar 2021 nur gerade 67, im Februar 104 und damit auch weit unter dem Schnitt der Monate März bis September 2021 (im Schnitt 158 Brillenaufträge). Der Wert der Aufträge ist nicht auffällig, er weist die auch sonst gegebenen Schwankungen auf. Auch die Kontaktlinsen-Aufträge waren im Januar (40) und Februar (50) 2021 unterdurchschnittlich, wenn auch nicht sehr ausgeprägt (2020 im Durchschnitt 54 Aufträge, 2021 56 Aufträge). Wertmässig waren die Aufträge dieser beiden Monate hingegen überdurchschnittlich. Unterdurchschnittlich waren die Baraufträge. Dies jedoch nicht bloss im Januar und Februar, sondern bis und mit Mai 2021. Dies könnte darauf schliessen lassen, dass die Laufkundschaft über den Lockdown hinaus noch gering blieb und erst gegen Frühsommer wieder anzog. Im Total der Aufträge fallen die Monate Januar 2021 und Februar 2021 ebenfalls auf. Monatlich gingen im Jahr 2020 im Durchschnitt 298 Aufträge ein, ohne Lockdown-Monate März und April 2020 deren 331. Von März bis Septem-

ber 2021 waren es im Schnitt 327 Aufträge; im Januar 2021 konnten 186 und im Februar 2021 deren 229 Aufträge verbucht werden.

Damit besteht hinsichtlich die Auftragslage durchaus eine Auffälligkeit für die vom zweiten Lockdown betroffenen Monate Januar und Februar 2021.

4.3 Bleibt die Frage, ob der Umsatz- und Auftragseinbruch Ergebnis der coronabedingten Massnahmen war oder doch eher den verkürzten Öffnungszeiten geschuldet war.

Für einen pandemiebedingten Einbruch spricht die Darstellung der Beschwerdeführerin, ihre Kundenstruktur in C._____ bestehe anders als in G._____ und H._____, wo keine KAE beantragt worden sei, wesentlich auch aus Laufkundschaft, welche weitgehend eingebrochen sei. Wie bereits erwähnt, könnte ein Anhaltspunkt hierfür sein, dass die Baraufträge über den Lockdown hinaus noch bis Mai 2021 tief waren, was durchaus dem Ruf 'zu Hause zu bleiben' geschuldet war. Nachvollziehbar ist ebenso, dass mit Personen des Kundenstamms Termine vereinbart werden konnten und dies auch während des Lockdowns. Diese dürften somit eher nicht weggefallen sein. Mit Laufkundschaft besteht definitionsgemäss kein Termin, weswegen diese Aufträge ohne Laufkundschaft wegfallen. Nun versteht sich aber auch von selbst, dass die Laufkundschaft auch wegfällt, wenn ein Geschäft geschlossen ist. Da die Beschwerdeführerin ihre Öffnungszeiten bereits ab dem zweiten Tag des Lockdowns kürzte, müssen andere Hinweise herangezogen werden als die Anzahl Aufträge trotz Regel-Öffnungszeiten. Ein Blick auf die Google Mobility Daten ("Diese Daten werden von Google zur Verfügung gestellt und stammen von Benutzern, die den Standortverlauf auf ihren Android-Smartphones aktiviert haben. Beachten Sie, dass dies möglicherweise keine repräsentative Stichprobe darstellt. Es ermöglicht jedoch einen Vergleich zwischen verschiedenen Ländern.", www.corona-data.ch; eingesehen am 3.12.2021) zeigt, dass die Mobilität ab Januar 2021 in der Kategorie "Shopping und Freizeit" tiefer war als in den Monaten zuvor und ab 18. Januar 2021 noch einmal einbrach. Das Nämliche gilt für die Kategorien "Bahnhöfe" und "Arbeitsplätze", wogegen die Daten in der Kategorie "Lebensmitteleinkauf und Apotheken" ziemlich stabil blieben und jene der Kategorie "Zuhause" höher als in den Vormonaten ausfielen (www.corona-data.ch; eingesehen am 3.12.2021). Einen Einbruch lässt sich auch den Apple-Berichten zu Mobilitätstrends entnehmen (vgl. <https://covid19.apple.com/mobility>; eingesehen am 3.12.2021). Wenn gestützt auf die Daten von Google und Apple von einem Einbruch der Mobilität während des zweiten Lockdowns ausgegangen werden kann, dann erscheint es naheliegend, dass in der D.____strasse C._____, wo nur wenige Geschäfte des täglichen Bedarfs situiert sind, die Laufkundschaft wegge-

brochen ist und zwar unabhängig von den Öffnungszeiten. Auch die durch Zahlen belegten Erfahrungen der Beschwerdeführerin während des ersten, vom 18. März 2020 bis zum 26. April 2020 dauernden Lockdowns stützen die Darlegungen der Beschwerdeführerin. Augenoptiker durften ihre Betriebe auch während des ersten Lockdowns offenhalten, da sie der Bereitstellung medizinischer Hilfsmittel dienen (vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. c der Covid-19-Verordnung 2 in der Fassung v. 16.3.2020, AS 2020 783 ff.). Im Monat März 2020 resultierte für die Beschwerdeführerin trotz offenem Geschäft ein Umsatzeinbruch von 38% im Vergleich zur selben Zeitperiode der beiden Vorjahre; im April 2020 belief sich der Umsatzeinbruch im Vergleich zu den beiden Vorjahren gar auf 79%. Ausgehend von diesen Erfahrungen erscheint es einerseits nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin die Ladenöffnungszeiten während des zweiten Lockdowns einschränkte. Andererseits bestätigen diese sehr hohen Umsatzrückgänge die Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach die pandemiebedingte Schliessung praktisch sämtlicher Läden an der D.____strasse in C._____ und der Wegfall von Laufkundschaft und Touristen zu einem relevanten Arbeitsausfall führte.

4.4 Damit aber erscheint es zusammenfassend plausibel, dass die Beschwerdeführerin ab dem 18. Januar 2021 aufgrund der behördlich angeordneten Covid-19-Massnahmen einen unvermeidbaren, anrechenbaren Arbeitsausfall erlitt und damit Anspruch auf KAE hat. Die Beschwerde erweist sich als begründet, so dass der angefochtene Einspracheentscheid Nr. 200/21 vom 13. September 2021, mit welchem der Einspruch gegen die KAE bestätigt wurde, aufzuheben ist. Ob die weiteren Voraussetzungen für die Ausrichtung der KAE erfüllt (vgl. Art. 31 AVIG) und die betroffenen Arbeitnehmenden mit der Kurzarbeit einverstanden sind (Art. 33 Abs. 1 lit. d AVIG), ist aus den Akten nicht ersichtlich und ist im Rahmen des neuen Entscheides durch das Amt für Arbeit zu prüfen.

5.1 Es werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG).

5.2 Nachdem die beanwaltete Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren obsiegt, ist ihr zu Lasten der Vorinstanz eine Parteienschädigung zuzusprechen (Art. 61 lit. g ATSG / § 74 Abs. 1 VRP). Die Parteienschädigung ist in Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975, welcher für das Honorar im Verfahren vor Verwaltungsgerecht in § 14 einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht, und unter Beachtung der in § 2 des Gebührentarifs enthaltenen Kriterien sowie in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf insgesamt Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festzusetzen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid Nr. 200/21 vom 13. September 2021 aufgehoben und die Sache zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Vorinstanz hat der beanwalteten Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zu leisten.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).
Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).
5. Zustellung an:
 - den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (2/R)
 - die Vorinstanz (EB)
 - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 15. Dezember 2021

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 14. Januar 2022

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II

