

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2021 109

Entscheid vom 18. Januar 2022

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Dr.oec. Andreas Risi, Richter
Dr.iur. Frank Lampert, Richter
MLaw Manuel Gamma, Gerichtsschreiber

Parteien

A._____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw B._____,

gegen

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

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Covid-19 Kurzarbeitsentschädigung)

Sachverhalt:

A. Die A._____ AG bezweckt gemäss Handelsregisterauszug u.a. den Handel mit Waren aller Art, sowie Montage von Gütern aller Art (Vi-act. 13 B1). Gemäss Betriebsbeschreibung zuhanden der Suva übt die A._____ AG zu 31% Installationen von Kühl- und Gefrieranlagen, zu 11% Reparatur und Unterhalt in der Gebäudetechnik, zu 32% Bürotätigkeiten, zu 6% Fertigung von Maschinenbauteilen, zu 17% Herstellung von elektrischen und elektronischen Komponenten und zu 3% auswärtige Schreinerarbeiten aus (Vi-act. 13 B3).

B. Am 25. Februar 2021 reichte die A._____ AG die Voranmeldung von Kurzarbeit (a.o. Formular für Kurzarbeit infolge Covid-Pandemie) für den Gesamtbetrieb mit 6 Angestellten für alle sechs Personen ein. Kurzarbeit werde am 8. März 2021 eingeführt, der Arbeitsausfall betrage voraussichtlich 75%. Begründet wurde das Gesuch damit, dass Restaurants wegen ihren Schliessungen keinen Unterhalt an den für die A._____ AG relevanten Kälteanlagen benötigten oder sie ihre Investitionen in Neuanlagen auf unbestimmte Zeit verschieben würden (Vi-act. 1).

C. Das Amt für Arbeit bestätigte am 6. März 2021 den Eingang der Voranmeldung und forderte von der A._____ AG die Zustellung weiterer Informationen (Vi-act. 2), welche diese am 12. und 22. März 2021 einreichte (Vi-act. 3 und 4). Mit Verfügung vom 30. März 2021 erhob das Amt für Arbeit Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung (KAE) an die A._____ AG (Vi-act. 5). Diese liess am 23. April 2021 eine rudimentäre Einsprache erheben und ersuchte um Akteneinsicht und Fristverlängerung zur Eingabe einer ausführlichen Einsprachebegründung (Vi-act. 6).

D. Am 31. Mai 2021 reichte die A._____ AG eine weitere Voranmeldung von Kurzarbeit (a.o. Formular für Kurzarbeit infolge Covid-Pandemie) für den Gesamtbetrieb mit 6 Angestellten für alle sechs Personen ein. Kurzarbeit werde am 1. Juni 2021 eingeführt, der Arbeitsausfall betrage voraussichtlich 50%. Begründet wurde diese Voranmeldung damit, dass durch die Schliessung von Restaurants, die Reduktionen von Präsenzarbeiten in Schulen und Firmen und dem dadurch verbundenen Investitionsstopp ihre Produkte und Dienstleistungen nur noch reduziert nachgefragt würden (Vi-act. 10). Mit Verfügung vom 2. Juni 2021 erhob das Amt für Arbeit wiederum Einspruch gegen die Auszahlung von KAE gestützt auf diese neue Voranmeldung (Vi-act. 11).

E. Mit Eingabe vom 28. Juni 2021 reichte die A._____ AG eine begründete Einsprache ein, welche sowohl gegen den Einspruch vom 30. März 2021 als

auch den Einspruch vom 2. Juni 2021 gerichtet war (Vi-act. 12). Mit Einspracheentscheid Nr. 212/21 vom 20. September 2021 vereinigte das Amt für Arbeit die Verfahren und wies die Einsprache vom 23. April 2021 inkl. Ergänzungen vom 28. Juni 2021 ab (Vi-act. 16).

F. Am 21. Oktober 2021 lässt die A._____ AG beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde erheben mit den Anträgen:

1. Es sei der angefochtene Einspracheentscheid Nr. 212/21 vom 20. September 2021 des Amtes für Arbeit betreffend zweier Verfügungen vom 30.03.2021 sowie 02.06.2021 aufzuheben und der Beschwerdeführerin für den Zeitraum vom 08.03.2021 bis und mit dem 31.08.2021 die Kurzarbeitsentschädigung zu gewähren.
2. Eventualiter sei der angefochtene Einspracheentscheid Nr. 212/21 vom 20. September 2021 des Amtes für Arbeit Schwyz aufzuheben und die Angelegenheit zur ergänzenden Abklärung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz bzw. zu Lasten des Staates.

Mit Vernehmlassung vom 17. November 2021 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen. Hierzu nimmt die Beschwerdeführerin keine 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).

Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall insbesondere dann, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen wie Reinigungs-, Reparatur- oder Unter-

haltsarbeiten 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_503/2021 vom 18.11.2021 Erw. 3.2.2 m.H.; 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 Stammelegschaft 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 her-

vorgehenden 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 AVIG anrechenbar. Die Arbeitgeber müssen allerdings glaubhaft darlegen, inwiefern die Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind (Weisung Nr. 2020/01 des SECO vom 10.3.2020, S. 3). Während zu Beginn der blosser Hinweis auf die Pandemie als ausreichende Begründung betrachtet wurde (Weisung Nr. 2020/6 vom 9.4.2020, S. 5), galt dies im hier interessierenden Zeitpunkt nicht mehr (Weisung Nr. 2021/01 vom 20.1.2021 Ziff. 2.2; BGE 147 V 359 Erw. 4.6.3).

1.5 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. 1.4) nicht arbeiten, besteht ein Anspruch auf KAE (VGE II 2020 108 vom 1.2.2021 Erw. 3.5).

2.1.1 Nachdem die Beschwerdeführerin am 25. Februar 2021 die Voranmeldung für KAE eingereicht hatte (vgl. Ingress Bst. B), forderte die Vorinstanz von ihr für die Monate Januar und Februar der Jahre 2019 bis 2021 eine Auflistung der Umsätze und der ausgestellten Rechnungen pro Monat sowie eine Auflistung Auftragsbestand/-planung für März bis Juni 2021. Zudem wollte sie (aufgrund der Begründung der Voranmeldung) wissen, wieviel Prozente der Kundschaft auf die Gastrobranche spezialisiert seien, ob die von Kurzarbeit betroffenen Angestellten allesamt für diesen Fachbereich arbeiten würden und ob für die nächsten drei Monate Aufträge sistiert oder storniert worden seien. Schliesslich waren Kopien der fakturierten Rechnungen für die Personaladministration an die C. _____ AG von Januar 2020 bis Februar 2021 einzureichen (Vi-act. 2).

2.1.2 Am 12. und 22. März 2021 reichte die Beschwerdeführerin Unterlagen ein (Vi-act. 3 und 4). Ergänzend führte sie aus, sie arbeite im Investitionsgüterbereich und biete ihren Kunden neben Produkten auch Montagen an. Aufträge resp. Projekte würden sich über mehrere Monate hinweg erstrecken und neben Material auch Montagearbeiten umfassen. Umsatzzahlen oder Anzahl Rechnungen pro Monat seien daher wenig aussagekräftig, zumal die Rechnungsstellung nicht zwingend im Monat der Arbeitsleistung erfolge. In ihrem Bereich gebe es keine Spezialisierung auf 'Gastro' oder 'Gewerbe'. Die Kunden seien hauptsächlich im Kältebereich anzusiedeln (Frigoristen) und jede Firma decke in der Regel Kunden ihrer Region ab und sei entsprechend ihrem lokalen Kundenstamm unterschiedlich aufgestellt. Sie selber decke mit breitem Tätigkeitsfeld die ganze Schweiz ab.

Aufgrund der Struktur der Aufträge, die praktisch nie direkt über sie laufen würden, habe die Beschwerdeführerin keinen direkten Zugang auf Informationen über Absagen/Verschiebungen. Man werde auch selten informiert. Es sei ganz normal, dass zwischen der ersten Offerte und dem Auftragseingang eine Zeit von einer Woche bis zwei Jahre vergehen könne. Konkret nennt die Beschwerdeführerin zwei Aufträge, die coronabedingt verschoben worden seien. Am 22. März 2021 reicht die Beschwerdeführerin zudem E-Mails von Kunden nach (Vi-act. 4): Die D. _____ AG teilte am 15. März 2021 mit, der Architekt habe informiert, da am Gebäude eine Nutzungsänderung vorgenommen werde, müsse eine Baueingabe erfolgen. Dies könne bis zu zwei Monaten dauern. Die E. _____ AG bedankte sich am 18. März 2021 für eine Offertstellung vom 23. Februar 2021 und orientierte, aufgrund der aktuellen Situation habe die Bauherrschaft mitgeteilt, dass der Auftrag 'on hold' sei. Die F. _____ AG informierte am 17. März 2021, es bestehe bei ihr Kurzarbeit, die Ausführung eines Auftrags könne länger dauern. Und die G. _____ SA teilte am 15. März 2021 mit, sie habe ab Februar 2021 Kurzarbeit eingeführt bis mindestens Ende März 2021.

2.1.3 Am 30. März 2021 erhob die Vorinstanz Einspruch gegen die Auszahlung von KAE (Vi-act. 5). Bereits gegen die Voranmeldung vom 30. Oktober 2020 habe man am 26. Januar 2021 Einspruch erhoben. Die Beschwerdeführerin bringe keine neuen Argumente, die einen Anspruch erklären würden. Neben dem Umsatz hätten auch die ausgestellten Rechnungen im Jahr 2020 - trotz Covid-19 - im Vergleich zum Jahr 2019 stark zugenommen. Die eingereichten Sistierungsbestätigungen würden einen Zusammenhang mit Covid-19 nicht nachweisen. Bei D. _____ AG sei ein zusätzliches Baubewilligungsverfahren der Grund und bei der E. _____ AG habe die Beschwerdeführerin erst ein Angebot eingereicht und es sei auch nicht klar, warum der Auftrag 'on hold' sei. Ein etwaiger

Arbeitsausfall ab dem 8. März 2021 für die Beschwerdeführerin erscheine im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie nicht evident, da weder aus den eingereichten Umsatzzahlen der Firma C._____ AG, noch aufgrund der ausgestellten Rechnungen und Umsatzzahlen der Beschwerdeführerin ein a.o. Arbeitsausfall abgeleitet werden könne. Gemäss den vorliegenden Zahlen scheine die Nachfrage für die Produkte und Dienstleistungen der Beschwerdeführerin im Vergleich zum Vorjahr gar gestiegen und in Bezug auf die C._____ AG unverändert zu sein. Schwankungen und Verschiebungen, welche der beauftragte Unternehmer nicht zu verantworten habe, seien im Bau- und Baunebengewerbe üblich. Der darauf zurückzuführende Arbeitsausfall sei betriebsüblich und daher nicht anrechenbar.

2.1.4 Nachdem die Beschwerdeführerin am 31. Mai 2021 eine weitere Voranmeldung von Kurzarbeit für die Zeit ab 1. Juni 2021 eingereicht hatte (vgl. Ingress Bst. D), erhob die Vorinstanz am 2. Juni 2021 abermals Einspruch. Da die Ausgangslage noch immer vergleichbar sei bzw. sich leicht verbessert habe, werde mit derselben Begründung wie in den Verfügungen vom 26. Januar 2021 und 30. März 2021 auch der Anspruch auf KAE ab dem 1. Juni 2021 abgelehnt (Vi-act. 10 und 11).

2.2.1 In der Einsprache(ergänzung) vom 28. Juni 2021 (Vi-act. 12) gegen beide Verfügungen macht die Beschwerdeführerin geltend, sie weise eine breite Palette von Tätigkeiten auf, wozu die Projektierung, Montage, Reparatur und Lieferung von Kühl- und Tiefkühlzellen gehörten. Auftraggeber bzw. Kunden seien insbesondere Restaurants, Hotels, kleinere und grössere Lebensmittelläden und Frigoristen. Sie richte ihre Tätigkeit ganz nach den Bedürfnissen der Kunden aus. Aufgrund ihrer Spezialisierung in der Kälte- und Klimatechnik mit einem breiten Tätigkeitsfeld habe sie kaum Konkurrenz. Die meisten Frigoristen würden sich auf ein Kundensegment spezialisieren. Neben diesen Tätigkeiten fabriziere sie für die C._____ AG elektrische Widerstände und Gasbrenner, die ebenfalls nach Kundenwunsch individuell angefertigt würden. Diese würden insbesondere von Universitäten, Hoch- und Fachschulen, der H._____, grösseren Institutionen wie der I._____, J._____ AG und der K._____ benötigt. Weil Präsenzveranstaltungen an den Schulen verboten worden seien und eine Home-Office-Pflicht galt, seien die Aufträge der Kunden der C._____ AG zurückgegangen. Zuvor habe die Auftragserfüllung rund 120 Stellenprozente der Beschwerdeführerin ausgemacht; seit Pandemieausbruch seien die Aufträge und damit zeitlich verzögert die Arbeitsauslastung merklich zurückgegangen.

Dem pauschalen Verweis der Vorinstanz auf übliche Schwankungen in der Auftragslage im Bau- und Baunebengewerbe könne nicht gefolgt werden. So sei sie

nicht nur im Baunebengewerbe tätig, sondern ebenso in der Dienstleistung (Planungen, Unterhaltsarbeiten, Transportleistungen) und der Lieferung (Beschaffung von Materialien und Geräten), was sich auch aus dem Betriebsbeschrieb der Suva ergebe. Sie sei in den vergangenen Jahren keinen Schwankungen ausgesetzt gewesen und habe die Angestellten gemäss Pensum vollständig auslasten können. Seit Pandemieausbruch hätten sich die Aufträge minimiert, was namentlich aus den Arbeitserfassungen der Angestellten der Monate März bis Mai 2021 klar ersichtlich sei. Der Auftragsrückgang sei auf Covid-19 zurückzuführen. Die bekannten Auftraggeber hätten mitgeteilt, sich selber in Kurzarbeit zu befinden und sich keine Investitionen leisten zu können; so etwa die L. _____ AG, die M. _____ GmbH oder die N. _____ GmbH. Neue Auftragsanfragen seien kaum zu verzeichnen, was nicht verwundere, sei doch ein Grossteil der direkten und indirekten (über Frigoristen) Auftraggeber Restaurants und Hotels, die von den Corona-Massnahmen direkt betroffen seien. Nicht gerechtfertigt sei die pauschale Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe keinen Arbeitsausfall erlitten, da sich dies weder aus den Umsatzzahlen der C. _____ AG noch den ausgestellten Rechnungen und Umsatzzahlen der Beschwerdeführerin ergebe. Die Umsatzzahlen taugten nicht, da sie Materialkosten beinhalten würden, die je nach Auftrag von wenigen Franken bis mehrere Fr. 100'000 betragen könnten. Auch könne der monatliche Umsatz wegen zeitlichen Verschiebungen nicht mit dem monatlichen Arbeitsaufwand gleichgesetzt werden. Aus den Arbeitszeiterfassungen hingegen gehe hervor, dass ein Arbeitsausfall vorliege.

2.2.2 Im angefochtenen Einspracheentscheid hielt die Vorinstanz einleitend fest, die Beschwerdeführerin sei mit der Installation und dem Unterhalt von Kühlanlagen sowie ihrem weiteren Angebot von behördlichen Covid-19-Massnahmen oder Schliessungen nicht betroffen gewesen; unter Einhaltung der Hygienemassnahmen hätten die Dienstleistungen und Produkte immer angeboten werden können.

Sie, die Vorinstanz, könne sodann nicht bestätigen, dass die Beschwerdeführerin in den vergangenen Jahren keinen bemerkenswerten Schwankungen in der Auftragslage ausgesetzt gewesen sei. Sowohl bei den eingereichten Umsatzzahlen als auch den gestellten Rechnungen könnten erhebliche Schwankungen ausgemacht werden. Die Umsätze ab Januar 2019 würden zeigen, dass die Volatilität der Umsatzzahlen hoch sei und monatlich in beträchtlichem Ausmass schwanken würden und dies bereits zu einer Zeit, als Corona noch kein Thema gewesen sei. Schwankungen seien in Dienstleistungsbetrieben in der Regel üblich und würden keinen anrechenbaren Arbeitsausfall begründen.

Die Beschwerdeführerin weise ein breites Produkte- und Dienstleistungsangebot auf. Deshalb greife das Argument zu kurz, dass wegen der Home-Office-Pflicht und dem Verbot von Präsenzveranstaltungen an Bildungseinrichtungen ab November 2020 die Aufträge zurückgegangen seien. Covid-19 beeinflusse die gesamte Wirtschaft in unterschiedlichem Masse. Es sei auch der Effekt denkbar, dass die Auftragszahl beim Unterhalt von Kühlanlagen steige wegen der Schließung der Gastrobetriebe, da sich der Unterhalt dann einfacher gestalte. Um die verschiedenen Einflüsse von Covid-19 auf das Tätigkeitsgebiet der Beschwerdeführerin beurteilen zu können, sei ein Vergleich der erzielten Umsätze und gestellten Rechnungen zur Zeit vor Covid-19 ein probates und nachvollziehbares Mittel. Beides deute darauf hin, dass Covid-19 keine negativen Auswirkungen auf den Geschäftsverlauf gehabt habe. 2020 habe der Umsatz trotz Covid-Widrigkeiten - im Vorjahresvergleich - um rund 8% zugenommen; es seien rund 22% mehr Rechnungen gestellt worden. Man anerkenne, dass die Materialkosten nicht abgezogen worden seien; aber die Beschwerdeführerin zeige nicht auf, weshalb sich die Materialkosten über die Jahre wesentlich verändert haben sollten.

Ein Arbeitgeber müsse glaubhaft darlegen können, dass die im Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen seien; der einfache Hinweis genüge nicht. Der Beschwerdeführerin gelinge dies nicht. Die D._____ AG begründe die Auftragsverschiebung mit einer notwendigen Baubewilligung, was einerseits covid-fremd sei und andererseits zum üblichen Betriebsrisiko gehöre. Die E._____ AG berichte, der Auftrag sei 'on hold', wobei es an einer Begründung fehle. Zudem sei aus der E-Mail ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin noch gar keinen Zuschlag erhalten habe, sondern erst die Offerte eingereicht habe; aus dem Schreiben gehe in keiner Weise hervor, dass die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhalten habe, sie den Auftrag aber wegen Covid-19 nicht durchführen könne. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdeführerin von keinem der sistierten oder verschobenen Projekte eine Bestätigung eingeholt habe, selbst wenn in der Branche vieles mündlich vereinbart werde.

Weil die Beschwerdeführerin zusammenfassend keine ausserordentlichen Umstände nachweisen könne, seien die Einsprüche gegen die KAE zu Recht erfolgt.

2.3.1 Vor Verwaltungsgericht betont die Beschwerdeführerin, die monatlichen Arbeitsrapporte der Angestellten für die Monate März bis August 2021 würden unbestrittenermassen einen massiven Arbeitsausfall aufzeigen. Dass dies auf eine rezessive Wirtschaftslage zurückzuführen sei bzw. mit den Auswirkungen der Pandemie in Zusammenhang stünde, werde einerseits aus den fakturierten Ar-

beitszeiten ersichtlich und andererseits aus der Konjunkturanalyse der KOF ETH. Hingegen könne nicht auf die Umsatzzahlen und Anzahl Rechnungen abgestellt werden, da diese - im Gegensatz zur Arbeitszeiterfassung - keine zuverlässigen Indikatoren darstellten aufgrund der darin inkludierten Materialkosten und dem Auseinanderfallen von Rechnungsstellung und Arbeitsleistung. Zudem hätten 2020 mehr Rechnungen gestellt werden können, weil mehr kleinere Arbeiten schneller zum Abschluss hätten gebracht werden können.

Besser als die Umsatzzahlen seien die fakturierten Arbeitszeiten für 'Projektarbeit', 'Manpower' und fakturierte Arbeitszeiten für die C._____ AG. Dabei handle es sich um die den Kunden in Rechnung gestellte Arbeitsleistung ohne Materialkosten. Allerdings würde erst nach Auftragsabschluss fakturiert, weshalb die monatlichen Fakturierungen nicht zwingend mit der monatlichen Arbeitsleistung übereinstimmen würden. Doch selbst dann sei offensichtlich, dass die Werte 'Manpower' ab Februar 2021 deutlich abnehmen würden, im Bereich 'Projektarbeit' gar schon ab Dezember 2020. Noch aussagekräftiger (wegen den zeitlichen Verschiebungen) sei die Quartalsdarstellung. Aus den Quartalszahlen sei der Rückgang der fakturierten Arbeitszeiten klar sichtbar. Im Q1/2021 betrage der Rückgang im Vergleich zu Q1/2020 13%, im Q2/2021 zu Q2/2020 37.5%, im Q3/2021 zu Q3/2020 60.6%. Im Vergleich zu Q2 und Q3 von 2019 sei der Rückgang noch einmal extrem. Derartige Einbrüche seien nicht mehr im "normalen Rahmen" und entsprächen nicht dem normalen Betriebsrisiko. Über die letzten drei Jahre betrachtet sei der Wert Q4/2020 (Fr. 104'369.45) nie unterschritten worden. Zu beachten sei schliesslich, dass der Einbruch bei ihr zeitlich verzögert erfolge, da sie die Auftragserfüllung von grösseren Aufträgen jeweils monatelang im Voraus planen und das Material beschaffen müsse.

Den pandemiebedingten Einbruch bestätige auch die Konjunkturanalyse der KOF ETH. Diese führe zum Q3/2020 aus, die Unsicherheit habe abgenommen, liege jedoch weiterhin klar noch über dem Vorkrisenniveau. Die zweite Welle laste auf dem Arbeitsmarkt, die Corona-Krise habe die Entwicklung des Wirtschafts- (gewerbliche und industrielle Bauten) und Wohnungsbaus gedämpft. Für Q1/2021 notiere die KOF ETH, die Sparten ausserhalb Pharma und Biotech seien im industriell-gewerblichen Bau im 2020 negativ vom konjunkturellen Umfeld beeinträchtigt worden. Die pandemiebedingte Verschlechterung der finanziellen Lage vieler Industrieunternehmen und der Gastrobetriebe sowie die gestiegene Unsicherheit wirkten sich negativ auf die Investitionen im industriell-gewerblichen Bau aus. Mit der erwarteten Erholung im 2021 dürfte sich auch die Investitionstätigkeit wieder aufholen. Das Q2/2021 beurteile die KOF ETH positiv. Aufgrund der Zuversicht wollten gemäss Umfrage viele Firmen in die Erweiterung ihrer Kapazitäten investieren; entsprechend sei mit einem beachtlichen Anstieg der Ausrüs-

tungsinvestitionen zu rechnen, wovon 2021 auch der industriell-gewerbliche Bau profitieren dürfte. Und für Q3/2021 führe die KOF ETH aus, die Investitionen im industriell-gewerblichen Bau seien pandemiebedingt im 2020 zurückgegangen, würden im 2021 aber wieder zunehmen. Gemäss Beschwerdeführerin belegt dies, dass die pandemiebedingte Verschlechterung der finanziellen Lage vieler Unternehmen, auch im Gastrobereich, sich negativ auf die Investitionen im industriell-gewerblichen Bau ausgewirkt habe. In diesem Bereich sei sie tätig, weshalb sie diese negative Entwicklung direkt erlebt habe. Die am 22. März 2021 eingereichten E-Mails von Kunden würden dies denn auch bestätigen. Insgesamt sei damit der vom Gesetz geforderten Glaubhaftmachung des pandemiebedingten Arbeitsausfalls genüge getan. Die pandemiebedingte Verschlechterung habe die Beschwerdeführerin als Wirtschaftsteilnehmerin im industriell-gewerblichen Bausektor mit Wucht getroffen, was namentlich die Arbeitszeiterfassungen und die fakturierten Arbeitszeiten belegen würden. Zwar habe man versucht, die Arbeitsauslastung der Angestellten zu erhöhen, indem vermehrt Halbfabrikate produziert worden seien. Da aber die Aufträge ausblieben und die Angestellten viel produzierten, seien die Lager rasch voll gewesen und die Angestellten erneut ohne Arbeit.

2.3.2 Die Vorinstanz hält vernehmlassend fest, aus der Beschwerde gingen keine Fakten hervor, die nicht bereits anlässlich des Einspracheverfahrens bekannt gewesen seien. Anzufügen sei lediglich, dass die Konjunkturanalyse KOF ETH keine oder höchstens eine geringe Aussagekraft für eine einzelne Unternehmung habe. Es handle sich um eine generelle sowie abstrakte Analyse, die sich nicht individuell auf die Beschwerdeführerin beziehe. Die Beschwerde sei daher abzuweisen.

3.1 Es ist vorliegend unbestritten, dass die Beschwerdeführerin von keinen behördlichen Pandemie-Massnahmen direkt betroffen war, keine behördliche Anordnung die Schliessung oder Einschränkung des Betriebes forderte. Entsprechend besteht unbestrittenermassen kein Anspruch auf KAE wegen Arbeitsausfällen, die auf behördliche Massnahmen zurückzuführen sind (Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 AVIG).

Strittig ist hingegen, ob die Beschwerdeführerin einen Arbeitsausfall erlitt (bzw. bei Voranmeldung drohte), der in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar ist, weil er durch rückläufige Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen verursacht wurde, die auf die Pandemie zurückzuführen sind. Denn 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. Diesen Zusammenhang muss die

Beschwerdeführerin glaubhaft darlegen können (vgl. oben Erw. 1.4; Weisung 2021/01, Ziff. 2.2; Urteil BGer 8C_503/2021 vom 18.11.2021 Erw. 4.3).

3.2 Mit der Beschwerde reicht die Beschwerdeführerin für die Monate März bis August 2021 Hilfsblätter zur KAE-Abrechnung ein, welche für die sechs Angestellten das Pensum, die Sollstunden und die Ausfallstunden aufzeigen (Bf-act. 3 bis 8). Für den Gesamtbetrieb wird in der Summe ausgewiesen:

Monat	Sollstunden	Ausfallstunden	Ausfall in %
März	761.30	378.22	49.7%
April	728.20	341.20	46.9%
Mai	695.10	472.60	68.0%
Juni	728.20	392.03	53.8%
Juli	728.20	313.20	43.0%
August	728.20	316.37	43.4%

Bereits mit der Einsprache hatte die Beschwerdeführerin sowohl die Hilfsblätter März bis Mai 2021 als auch die Arbeitszeiterfassungen der sechs Angestellten für die Monate März bis Mai 2021 eingereicht (Vi-act. 13 B4-B10). Die darin dokumentierten Arbeitszeiten bestätigen die gegenüber der Vorinstanz ausgewiesenen Soll- und Ausfallstunden.

Damit ist ein Arbeitsausfall unzweifelhaft ausgewiesen. Daran vermag die Unsicherheit, inwiefern in den Arbeitszeiterfassungen Ferientage berücksichtigt sind, letztlich nichts zu ändern. Selbst wenn Ferientage entweder von den Sollstunden abzuziehen oder bei der Arbeitszeit aufzusummieren wären, würde ein Ausfall von über 10% resultieren, was eine Voraussetzung für KAE ist (Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG).

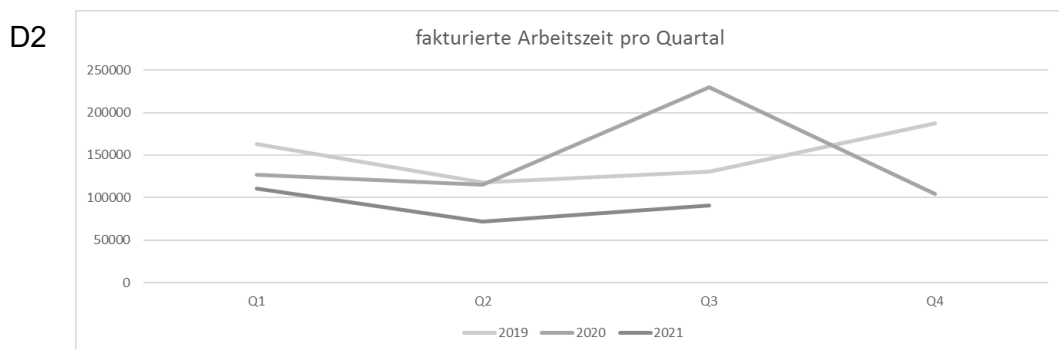
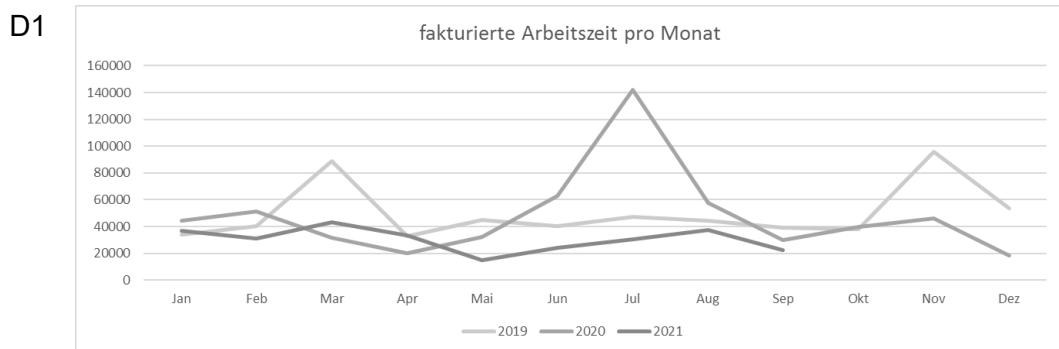
3.3 Mit Verweis auf die Umsatzzahlen sowie die Anzahl gestellte Rechnungen stellte die Vorinstanz fest, bereits in der Vergangenheit könnten erhebliche Schwankungen ausgemacht werden, weshalb nicht erwiesen sei, dass der Arbeitsausfall auf pandemiebedingt rückläufiger Nachfrage gründe.

Vorab ist zu wiederholen, dass der Zusammenhang zwischen dem Arbeitsausfall und pandemiebedingt rückläufiger Nachfrage nicht erwiesen sein muss. Eine Glaubhaftmachung reicht aus.

Die Beschwerdeführerin begründet nachvollziehbar, dass für die Frage dieses Zusammenhangs weder die Umsatzzahlen noch die Anzahl gestellte Rechnungen entscheidend sein können. Die Anzahl Rechnungen gibt wohl ein Abbild der Anzahl Aufträge. Dabei wird aber nicht zwischen Klein- und Grossaufträgen unterschieden und die bloße Anzahl an gestellten Rechnungen vermag auch we-

nig auszusagen über die geleistete Arbeit. Weder sind wenig Rechnungen ein Beleg für wenig Arbeit bzw. einen grossen Arbeitsausfall, noch bestätigen viele Rechnungen, dass viel Arbeit bzw. wenig Arbeitsausfall angefallen ist. Da die Umsatzzahlen neben der Arbeit auch Lieferungen beinhalten, ist auch deren Aussagekraft gering. Ein Auftrag kann wenig Arbeit verursachen aber eine grosse Materiallieferung beinhalten, was den Umsatz erhöht, aber dennoch mit einem Arbeitsausfall verbunden sein kann.

3.4 Die Beschwerdeführerin selber verweist - neben der Arbeitszeiterfassung - auf die fakturierte Arbeitszeit als Indiz (Bf-act. 9). Diese vermöge aufzuzeigen, wieviel eigentlicher Arbeitsaufwand den Kunden habe verrechnet werden können. Dem kann soweit gefolgt werden, als fakturierte Arbeitszeit in der Tat ein Abbild der durch Nachfrage ausgelösten Arbeitszeit ist. Fragen Kunden weniger Arbeit nach, fällt weniger Arbeit an und entsprechend kann weniger Arbeitszeit fakturiert werden. Nachfolgende Diagramme zeigen die fakturierte Arbeitszeit der Jahre 2019 - August 2021 pro Monat (D1) resp. pro Quartal (D2):



Der Monatsdurchschnitt betrug im Jahr 2019 Fr. 50'019, im 2020 Fr. 48'012 und im 2021 Fr. 34'159.

Allerdings wird auch hier die Aussagekraft dadurch geschmälert, dass die Fakturierung wenig aussagt über den Zeitraum, in welchem Arbeitszeit aufgewendet wurde. Die Beschwerdeführerin selber betont diesbezüglich, die Fakturierung erfolge nach Abschluss des Auftrages, die Arbeitszeit könne in einem Vormonat oder mehreren angefallen sein. Zudem sind nicht die eigentlich fakturierten Ar-

beitszeiten aufgelistet, sondern die Faktura für Arbeitszeit. Da die Ansätze unbekannt sind, wird die Aussagekraft noch einmal reduziert (bekannt ist einzig, dass die Summe der AHV-pflichtigen Löhne rund Fr. 30'000/Mt beträgt [vgl. Bf-act. 3-8]). Insofern vermag auch die Aufstellung der fakturierten Arbeitszeit nicht vorbehaltlos etwas auszusagen über die über die Monate hinweg geleistete Arbeit resp. Auslastung. Daran ändert der Hinweis, durch den quartalsweisen Zusammenschau entstehe eine Glättung, wenig. Aber auch wenn man berücksichtigt, dass in einem Monat fakturierte Arbeitszeit das Abbild ist von in den Vormonaten nachgefragter Aufträge und bis zur Fakturierung geleisteter Arbeit, so zeigt die Aufstellung dennoch, dass seit September 2020 keine Spitzen mehr erreicht werden konnten und die geleistete Arbeit unterdurchschnittlich war. Auch erscheint die Aussage glaubhaft, dass mit der Nachfrage in den Perioden zuvor die Arbeitnehmenden gemäss vereinbartem Pensum ausgelastet werden konnten (durchschnittliche fakturierte Arbeitszeit von rund Fr. 50'000/Mt resp. Fr. 48'000/Mt in 2019 resp. 2020 bei total AHV-pflichtigen Monatslöhnen von rund Fr. 30'000/Mt), wogegen dies im 2021 nicht mehr der Fall war (fakturierte Arbeitszeit von rund Fr. 34'000). Es ist dies ein starkes Indiz dafür, dass die Nachfrage seit mehreren Monaten rückläufig war. Bleibt die Frage, ob diese rückläufige Nachfrage pandemiebedingt ist.

3.5 Die Beschwerdeführerin verweist bezüglich Grund der rückläufigen Nachfrage auf die E-Mail-Bestätigung von Kunden sowie die Konjunkturanalyse KOF ETH. Damit sei mehr als glaubhaft gemacht, dass der Rückgang Folge der Pandemie sei.

3.5.1 Soweit die Vorinstanz auf die Mitteilung der D. _____ AG hinweist und festhält, diese begründe die Verschiebung mit der Notwendigkeit eines Baubewilligungsverfahrens, was mit der Pandemie in keinem Zusammenhang stehe, so kann dem insoweit gefolgt werden, dass der Schluss, die Verzögerung sei pandemiebedingt keinesfalls zwingend ist. In der Tat wird Covid-19 überhaupt nicht angesprochen. Hingegen lässt die Formulierung den Schluss zu, die geplante Nutzungsänderung am Gebäude mache eine Baubewilligung notwendig, um welche bis dahin nicht ersucht wurde, was zu einer Verzögerung führe (Bf-act. 4). Es ist dies ein übliches Betriebsrisiko.

Auch die Relativierung der E-Mail der E. _____ AG durch die Vorinstanz ist nachvollziehbar. Dem Mailverlauf kann entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin am 23. Februar 2021 auf eine Angebotsanfrage hin eine Offerte einreichen konnte. Am 18. März 2021 erhält sie die Rückmeldung "Aufgrund der aktuellen Situation" sei der Auftrag "on hold". Ob mit der aktuellen Situation die Covid-19-Situation gemeint ist oder andere Umstände der Bauherrschaft, erhellt

nicht. Zudem führt die Beschwerdeführerin selbst aus, vom Zeitpunkt der Offertstellung bis zur Arbeitsleistung könne es längere Zeit dauern. Hier wurde die Offerte erst Ende Februar 2021 gestellt, weshalb auch diesbezüglich eine pandemiebedingte Verzögerung nicht gegeben sein muss.

Auf die weiteren Bestätigungen geht die Vorinstanz nicht ein. Die F. _____ AG bestätigt am 17. März 2021, sie sei in Kurzarbeit; die Auftragsausführung könne länger dauern. Auch diese Bestätigung lässt mehrere Schlüsse zu. Ob ein Auftrag am Laufen ist, bleibt ungewiss, ob die F. _____ oder die Beschwerdeführerin auf die Auftragserfüllung wartet, ebenso. Hingegen scheint die Annahme naheliegend, dass die bestätigte Kurzarbeit pandemiebedingt ist. Zudem ist diese Bestätigung auch deshalb informativ, weil die F. _____ wie die Beschwerdeführerin insbesondere auch im Gastrobereich tätig ist und wegen rückläufiger Nachfrage Kurzarbeit machen musste. Es ist dies ein gewichtiges Indiz, dass in dieser für die Beschwerdeführerin relevanten Branche die Investitionen tief gehalten wurden.

Auch die letzte Bestätigung der G. _____ SA spricht ausdrücklich von Kurzarbeit seit Februar 2021. Ob zwischen dieser und der Beschwerdeführerin ein Auftragsverhältnis besteht, bleibt unbekannt. Unbekannt ist damit auch, inwiefern sich die Kurzarbeit der G. _____ SA auf die Arbeitslast der Beschwerdeführerin auswirkt. Die Mitteilung bestätigt aber immerhin, dass auch die G. _____ SA, welche wie die Beschwerdeführerin im Bereich Kälteanlagen tätig ist, unter einer rückläufigen Nachfrage leidet und Kurzarbeit bewilligt erhielt.

3.5.2 Was die Konjunkturanalyse KOF ETH anbelangt, so trifft die Feststellung der Vorinstanz, es handle sich um eine abstrakte Analyse ohne konkreten Bezug auf die Beschwerdeführerin, wohl zu. Wenn aber die Analyse, welche auf einer Befragung von Unternehmungen beruht, ergibt, dass die Pandemie zu einem Einbruch der Investitionen im industriell-gewerblichen Bau, namentlich in der Gastronomie, geführt hat, der sich im Jahr 2021 langsam erholen dürfte, so wäre es doch naheliegend und ist es glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin, die einerseits im industriell-gewerblichen Bau tätig ist und andererseits aufgrund der Arbeitsrapporte einen Arbeitsausfall aufzeigen kann, als Anbieterin auf dem Markt unter rückläufiger Nachfrage leidet.

Natürlich erscheint auch die Annahme der Vorinstanz, die Gastrobetriebe könnten die Zeit der behördlichen Schliessung nutzen, um ihre Infrastruktur (auch im Kältebereich) zu revidieren oder erneuern, nicht abwegig. Die effektive Auftragslage der Beschwerdeführerin und die Konjunkturanalyse KOF ETH sprechen allerdings dagegen. Offenbar waren die Unternehmen in der schwierigen Situation doch nicht bereit, finanzielle Risiken einzugehen und Investitionen zu tätigen.

3.6 In einer Gesamtbetrachtung der dargestellten Situation ist es für das Gericht zusammenfassend glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin wegen rückläufiger Nachfrage ihrer Dienstleistungen und Lieferungen einen Arbeitsausfall von über 10% erlitt (bzw. im Zeitpunkt der Voranmeldung zu erleiden drohte) und dass dieser Rückgang der Nachfrage auf die Pandemie zurückzuführen ist. Damit ist dieser Arbeitsausfall in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 AVIG anrechenbar.

3.7 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der Einspracheentscheid vom 20. September 2021 wird aufgehoben. 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; es ist dies im Rahmen des neuen Entscheides durch das Amt für Arbeit resp. bei Beantragung von KAE durch die Arbeitslosenkasse zu prüfen.

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

4.2 Dem Ausgang entsprechend hat die beanwaltete Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG / § 74 Abs. 1 VRP). Die Parteientschädigung ist in Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975, welcher für das Honorar im Verfahren vor Verwaltungsgericht 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 vom 20. September 2021 aufgehoben. Die Sache wird zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Vorinstanz hat der beanwalteten Beschwerdeführerin eine Parteien-schädigung 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 Rechtschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).
5. Zustellung an:
 - die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin (2/R)
 - die Vorinstanz (EB)
 - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 18. Januar 2022

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

***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: 31. Januar 2022

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II

