

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2021 116

Entscheid vom 21. Februar 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,

gegen

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

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Covid-19; Kurzarbeitsentschädigung)

Sachverhalt:

A. A._____ AG (nachfolgend A._____ AG) wurde 1995 gegründet mit dem Zweck, ein Trainings-Center für den Fitness- und Freizeitbereich zu betreiben. Sie betrieb resp. betreibt die Trainings-Center in B._____, C._____ und D._____ (vgl. www.A._____-_____.ch; eingesehen am 17.1.2022).

Am 28. Mai 2021 (Eingang Amt für Arbeit 31.5.2021) reichte die A._____ AG die Voranmeldung von Kurzarbeit (aufgrund behördlicher Massnahmen infolge Covid-19-Pandemie) per 12. Juni 2021 ein für die Betriebsabteilung 'Fitness Trainer/Theke/Admin 3'. Vom gesamten Personalbestand (13 Personen) seien deren sechs von der Kurzarbeit betroffen mit einem geschätzten Arbeitsausfall von 30%. Begründet wurde das Gesuch mit reduzierten Personaleinsätzen wegen noch zaghafter Mitglieder/Kundschaft infolge dem vorangehenden Corona-Lockdown (Vi-act. 1).

Ebenfalls am 28. Mai 2021 reichte die A._____ AG eine weitere Voranmeldung ein für die Betriebsabteilung 'Kinder-Paradies 1'. Betroffen sei der gesamte Personalbestand von 7 Personen mit einem geschätzten Arbeitsausfall von 30% ab dem 12. Juni 2021. Begründet wurde die Voranmeldung gleich wie beim ersten Gesuch (Vi-act. 2).

Bei beiden Gesuchen handelt es sich um eine Weiterführung der bis zum 11. Juni 2021 bewilligten Kurzarbeit (vgl. E-Mail vom 28.5.2021 als Anhang zu Vi-act. 2).

B. Am 1. Juni 2021 ersuchte das Amt für Arbeit die A._____ AG um weitere Unterlagen und Informationen, was seitens A._____ AG unbeantwortet blieb (Vi-act. 3 - 6). Mit Verfügung vom 23. Juni 2021 erhob das Amt für Arbeit Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung (KAE) für die Betriebsabteilung 'Fitness Trainer/Theke/Admin3' (Vi-act 7). Mit Verfügung desselben Tages wurde auch gegen die Auszahlung von KAE für die Betriebsabteilung 'Kinder-Paradies 1' Einspruch erhoben (Vi-act. 8).

C. Am 12. August 2021 erhob die A._____ AG je Einsprache gegen die beiden Verfügungen (Vi-act. 9, 10). Das Amt für Arbeit vereinigte die Einspracheverfahren und wies die Einsprachen mit Entscheid vom 11. Oktober 2021 ab (Vi-act. 15).

D. Am 11. November 2021 erhebt die A._____ AG beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde mit dem Antrag:

In Gutheissung der vorliegenden Beschwerde seien der Entscheid Nr. 323/21 und 324/21 vom 11. Oktober 2021 des Amtes für Arbeit aufzuheben und das Kurzarbeitsgesuch gemäss unserer Eingabe vom 31.5.21 und unserer Einsprache vom 12.8.21 für 6 Monate zu bewilligen.

Mit Vernehmlassung vom 7. Dezember 2021 beantragt das Amt für Arbeit, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.

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 Insolvenzentschädigung, 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 Insolvenzentschädigung (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). Ebenfalls unter die Sonderregelung von Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV fallen die durch die Behörde ergriffenen Massnahmen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie. 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. 2021/07 "Sonderregelung aufgrund der Pandemie" des Staatssekretariats für Wirtschaft, SECO, vom 20.4.2021, 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 Stammebelegschaft 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 AVIG 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 2021/07 vom 20.4.2021; 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. Im Kreisschreiben werden indes mehrere Ausnahmen aufgeführt (Weisung Nr. 2021/07 vom 20.4.2021, S. 15 f.). So kann grundsätzlich weiterhin ein Anspruch auf KAE bestehen, 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 Gründen nur einen Teil der Arbeitnehmenden beschäftigen kann oder es gelingt ihm nicht, die für eine vollständige Wiederaufnahme / Weiterführung seiner Tätigkeit notwendigen Produkte zu beschaffen, weshalb nur ein Teil beschäftigt werden kann.

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. 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).

2.1 Nach Eingang der Voranmeldungen für Kurzarbeit (vgl. Ingress Bst. A) ersuchte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin um weitere Auskunft. Der Bundesrat habe per 31. Mai 2021 weitere Lockerungen unter anderem für Sport- und Fitnessanlagen drinnen und draussen beschlossen. Der Website der Beschwerdeführerin könne entnommen werden, dass ihre Fitness-Center B. _____ und C. _____ wegen des Markteintrittes eines Discounters seit 1½ Jahren Mitglieder verloren habe und schliesslich habe die Corona-Pandemie dazu geführt, dass sie das Center B. _____ habe schliessen müssen, die Mitglieder aber das andere Center in C. _____ benützen könnten. Dies bedeute, dass mehr Kunden das bestehende Center nutzen würden. Es stelle sich daher die Frage, weshalb dennoch ein Arbeitsausfall resultiere. Zudem sei zu begründen, warum es sich ab dem 12. Juni 2021 nicht um eine saisonale Schwankung für ein Fitness-Center handle. Vorzulegen seien die Eintrittszahlen Januar 2018 bis und mit 2021 sowohl für das nun geschlossene Center B. _____ (bis dessen Schliessung) und das weiterhin geöffnete Center C. _____ (Vi-act. 3 und 4).

Da die Beschwerdeführerin innert Frist nicht reagierte, setzte die Vorinstanz eine Nachfrist an unter der Androhung, dass im Unterlassungsfall entweder aufgrund der vorhandenen Akten verfügt oder Nichteintreten auf die Voranmeldung beschlossen werde (Vi-act. 6 und 7).

Die Fragen blieben seitens der Beschwerdeführerin unbeantwortet. Wegen Verletzung von Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten erhob die Vorinstanz mit Verfügungen vom 14. Juni 2021 Einspruch gegen beide Voranmeldungen.

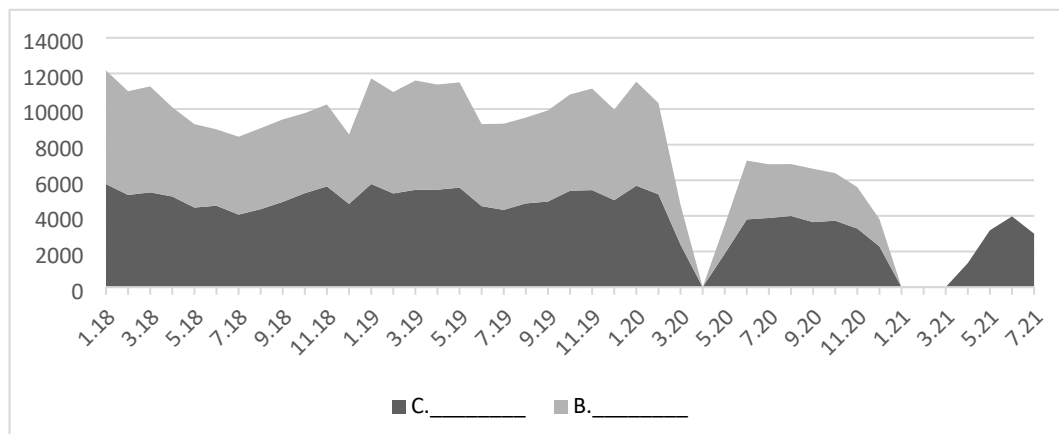
2.2 Am 12. August 2021 erhob die Beschwerdeführerin gegen beide Verfügungen Einsprache. Die Branche sei durch die Pandemie-Massnahmen hart getroffen worden. Dies nicht nur in der Zeit der beiden Lockdowns (je Frühjahr 2020 und 2021), sondern auch in der Zeit danach und im Herbst 2020. Nach dem ersten Lockdown habe man gehofft, dass die Center wieder voll sein werden. Man habe dann leider realisieren müssen, dass viele Kunden aus Angst das Training nicht wieder aufgenommen hätten. Trotz Unterbeschäftigung des Personals habe man nach dem Ende des Lockdowns 2020 keine Kurzarbeit beantragt. Mit der Verschärfung der Massnahmen und der Angst vor Ansteckungen ab November 2020 seien die (mittelalterlichen und älteren) Kunden weggeblieben. Rückblickend hätte man erneut KAE beantragen müssen. Man habe es aber nicht getan und wegen den ausbleibenden Kunden und fehlenden Neumitgliedern sei die Liquidität eingebrochen. Nach dem neuerlichen Lockdown 2021 habe man daher gewusst, was auf die Trainingscenter zukomme, weshalb man jetzt KAE beantragt habe.

Den Markteintritt der neuen Mitbewerber (Discounter) habe man überlebt. Man habe 2020 das Angebot in B._____ verändert, Mietfläche zurückgegeben, Mitarbeitern gekündigt oder welche nicht ersetzt. Die Einsparungen wären per 2021 voll zum Tragen gekommen. Nach dem schlechten Geschäftsgang 2020 und dem erneuten Lockdown habe der Vermieter aber einen Riegel geschoben; er sei nicht mehr bereit gewesen, auf Mieteinnahmen zu verzichten. Das Trainingscenter B._____ sei geschlossen worden. Zu Recht. Nach dem Lockdown hätte keine Chance bestanden, beide Center innert nützlicher Zeit mit schwarzen Zahlen betreiben zu können.

Die verbliebenen Mitarbeiter seien dennoch nicht ausgelastet. Für eine Grundabdeckung müsse immer mindestens eine Person anwesend sein. Kurzarbeit werde nur bei den zu diesem Grundbedarf zusätzlich eingeteilten Angestellten anfallen, was je nach Auslastung des Arbeitsplanes mitunter kurzfristig entschieden werde. Es sei dies nicht nur von den Besucherzahlen abhängig. Massgebend sei auch, dass der Thekenverkauf ins Uferlose gefallen sei (nach dem Lockdown 2020 sei der Lebensmittelverkauf verboten gewesen). Neumitglieder hätten in

den ersten 5 Wochen Anspruch auf vier Termine mit 1:1-Betreuung, später alle 3 Monate einen Termin. Während des Lockdowns und danach habe es keine Neumitglieder gegeben. Entsprechend seien gegenüber Normaljahren massenweise Termine weggefallen. Ohne Corona habe man Promotionen an öffentlichen Veranstaltungen durchgeführt. Diese seien weggefallen und damit auch die Arbeit für die Promotionen.

Mit der Einsprache reichte die Beschwerdeführerin die Eintrittsstatistik der beiden Trainingscenter B._____ und C._____ von Januar 2018 bis Juli 2021 ein (Vi-act. 11 - 13), welche folgendes Bild zeigt:



(Anmerkung: vom 17.3.2020 bis 10.5.2020 war Lockdown und ebenso vom 22.12.2020 bis 18.4.2021; das Center B._____ schloss am Ende 2020; vom 17.3. bis 14.6.2020 sowie vom 12.12.2020 bis 11.6.2021 bezog die Beschwerdeführerin KAE).

2.3 Im Einspracheentscheid vereinigte die Vorinstanz die beiden Beschwerdeverfahren bezüglich die beiden Betriebsabteilungen 'Trainer/Theke/Admin/Tech3' und 'Kinder-Paradies 1' (Vi-act. 15). Sie verweist auf die Voraussetzung, dass ein Arbeitgeber glaubhaft darlegen müsse, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen seien; der einfache Hinweis genüge nicht. Die Beschwerdeführerin habe vom 17. März 2020 bis 14. Juni 2020 sowie vom 12. Dezember 2020 bis 11. Juni 2021 KAE erhalten. Ab dem 12. Juni 2021 könne die Beschwerdeführerin ihre Dienstleistungen ohne Einschränkungen anbieten und ab dem 23. Juni 2021 sei für Personen, die sportliche Aktivitäten in Innenräumen ausüben würden, die Einhaltung des Abstandes, die Kapazitätsbeschränkungen und die Maskenpflicht aufgehoben. Für die Frage, ob neuerlich KAE an die Beschwerdeführerin auszurichten sei, sei allein dieser Zeitraum ab 12. Juni 2021, und nicht die früheren Perioden, massgebend.

Aus den Unterlagen sei ersichtlich, dass das Trainingscenter B._____ ab dem 18. April 2021 definitiv geschlossen habe, weil der Vermieter nicht auf Mieteinnahmen verzichten wollte. Dieser Entscheid hat gemäss Vorinstanz einen

enormen und langfristigen Effekt auf den Geschäftsverlauf der Beschwerdeführerin und somit auch auf die Beschäftigung des Personals. Einerseits stehe effektiv weniger Platz zur Verfügung, um den Kunden Dienstleistungen anzubieten. Daraus ergebe sich zwangsläufig, dass weniger Personal benötigt werde. Erste personelle Anpassungen habe die Beschwerdeführerin ja bereits getätigt. Andererseits habe der Entscheid massive Auswirkungen für die Kunden, sei doch ein wesentliches Kriterium für den Entscheid für ein Trainingscenter die Wohnortnähe. Mit der Schliessung des Centers B._____ habe sich das Einzugsgebiet der Kunden drastisch verkleinert, da in B._____ ausreichend Konkurrenz vorhanden sei. Die bestehende Kundschaft sei gezwungen, einen zusätzlichen Anfahrtsweg nach C._____ in Kauf zu nehmen. Es sei höchst unklar, wie die Kunden auf diese Dienstleistungsveränderung reagieren würden. Schliesslich sei die Schliessung ein Zeichen, dass die Beschwerdeführerin nicht zögere, ihr Angebot bei Bedarf zu verkleinern, was nicht förderlich sei, Kunden langfristig an die Unternehmung zu binden.

Die Einführung von Kurzarbeit solle vorübergehende Beschäftigungseinbrüche ausgleichen und Arbeitsplätze erhalten. Dies setze Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls voraus, was etwa dann der Fall sei, wenn der Ausfall auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen, unvermeidbar, vorübergehend und unüblich sei. Der Arbeitsausfall der Beschwerdeführerin könne nicht als vorübergehend betrachtet werden. Die Schliessung des Trainingscenters B._____ habe zur Folge, dass von der Beschwerdeführerin zuerst eruiert werden müsse, wie hoch der Arbeitsaufwand noch sei und wie viele Mitarbeitende dafür noch benötigt würden. Die Reaktionen der Kunden seien richtungsweisend, um den Personalbestand adäquat anpassen zu können. Zudem befinde sich die Beschwerdeführerin ab 12. Juni 2021 in einem alljährlichen Sommerloch der Fitnessbranche, wie auch aus ihren Eintrittszahlen ersichtlich sei, welche auch bereits vor der Pandemie in den Sommermonaten einen Einbruch belegen würden. Saisonale Beschäftigungsschwankungen seien aber nicht KAE-berechtigt.

Zusammenfassend könne die Beschwerdeführerin den Zusammenhang des Arbeitsausfalls mit der Pandemie daher nicht plausibel nachweisen.

2.4 Vor Verwaltungsgericht erklärt die Beschwerdeführerin, man habe die Fitnesscenter wegen der Lockdowns während 6 Monaten schliessen müssen; dies in 'guten' Monaten, in welchen die Liquiditätsreserve und auch die Arbeit für die schwächeren Sommermonate zu erarbeiten sei. Der Mitgliederrückgang während dem Lockdown habe dazu geführt, dass man ein Center habe schliessen müssen. Die fehlenden Neumitglieder der zwei Center entsprächen in etwa dem Mitgliederbestand eines Centers. Deshalb habe man eines geschlossen. Der Per-

sonalbestand sei entsprechend auf ein Center ausgerichtet worden. Die Verkleinerung der Firma habe keinen Einfluss auf die Kurzarbeit.

Das Arbeitsaufkommen in den einem Lockdown folgenden Monaten sei deutlich kleiner geworden. Jedes Mitglied habe pro Jahr vier 1:1 Betreuungstermine zugute. Ein Termin entspreche 1.5 Stunden. Die fehlenden ca. 600 Mitglieder hätten allein im Zeitraum der beantragten Kurzarbeit einen Arbeitsausfall von rund 1'800 Stunden bewirkt. Allein schon dies berechtige zum Bezug von KAE.

Da man die Öffnungszeiten auch mit geringerem Kundenaufkommen abdecken müsse, könne man nicht für alles KAE beantragen, obwohl die Mitarbeitenden zeitweise nur herumstehen würden. Da offensichtlich sei, dass die Mitarbeitenden nicht ausgelastet seien, sei der negative KAE-Entscheid nicht nachvollziehbar.

Die Zertifikatspflicht ab 12. September 2021 habe zur Hinterlegung von 15 - 20% der laufenden Mitgliedschaften geführt und damit zusätzlich zu einem 15 - 20% geringeren Betreuungsaufwand resp. zu einem Arbeitsausfall. Diesbezüglich habe das SECO explizit auf die Möglichkeit, KAE zu beantragen, hingewiesen.

All diese Arbeitsausfälle stünden einzig und allein mit den Umständen der Pandemie und den folgenschweren Massnahmen des Bundesrates für die Fitnessbranche in Zusammenhang.

2.5 Vernehmlassend verweist die Vorinstanz auf ihren Einspracheentscheid und ergänzt, die Zertifikatspflicht ab dem 13. September 2021, auf welche die Beschwerdeführerin verweise, habe zum Zeitpunkt der Einreichung der Voranmeldung noch gar nicht gegolten.

3.1 Aufgrund der Eintrittsdaten 2018 - 2021, welche die Beschwerdeführerin mit der Einsprache vorgelegt hatte (vgl. oben Erw. 2.2), wird offenkundig, dass die Pandemie auf den Geschäftsverlauf der Beschwerdeführerin einen nicht zu unterschätzenden Einfluss hatte. Dies wird denn seitens Vorinstanz auch nicht bestritten. Es zeigt sich auch darin, dass die Beschwerdeführerin während zweier Perioden KAE ausbezahlt erhielt. Strittig ist indes nicht die rückwirkende Betrachtung vergangener Zeiten, sondern allein die Zeit ab 12. Juni 2021, für welchen die Beschwerdeführerin um KAE, d.h. um Verlängerung der KAE ersucht hat. Für diese Zeit muss sie glaubhaft machen können, dass sie einen Arbeitsausfall erlitt aufgrund rückläufiger Nachfrage nach ihren Dienstleistungen, welche auf die Pandemie zurückzuführen ist. Dies ist indes nicht die einzige Voraussetzung für KAE. Auch während der Pandemie gelten ebenso die weiteren allgemeinen Voraussetzungen, so namentlich, dass der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwartet werden darf, dass

durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können, der Betrieb innert nützlicher Frist wieder zur vollen Beschäftigung zurückkehren kann (Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG; vgl. oben Erw. 1.1 und 1.5; Nussbaumer, a.a.O., Rz. 472). Hiervon ist rechtsprechungsgemäss auszugehen, solange nicht konkrete Anhaltspunkte die gegenteilige Schlussfolgerung zulassen. Die Verhältnisse sind dabei prospektiv zu beurteilen und zwar im Zeitpunkt der angefochtenen Einspruchsverfügung (BGE 121 V 373 Erw. 2a). Es hat eine Prognose unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu erfolgen.

3.2 Vorliegend ist unbestritten, dass die Pandemie den Geschäftsverlauf beeinflusst hat. Daneben führt die Beschwerdeführerin aber selber aus, die Marktsituation in ihrem Einzugsgebiet habe sich durch den Eintritt von Discountern verschärft. Soweit Arbeitsausfälle auf diesen Wettbewerb zurückzuführen sind, resultieren sie aus dem üblichen Betriebsrisiko, wofür kein KAE-Anspruch besteht.

3.3 Zusätzlich hat die Vorinstanz zu Recht darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin mit der Reduktion von zwei Fitnesscentern, welche je über ihre eigenen Mitglieder verfügen, auf nunmehr eines eine strukturelle Veränderung ihres Betriebes beschloss, der weitreichende Folgen zeitigt. Selbst wenn sie sämtliche Mitglieder aus B._____ einlädt, das Center in C._____ zu benutzen, bleibt ungewiss, ob und wie viele Mitglieder in Anbetracht des bestehenden (Konkurrenz-) Angebotes davon Gebrauch machen werden. Auch für die Beschwerdeführerin selber bleibt eine Unsicherheit, welche sich insbesondere in ihrer Personalplanung niederschlägt. Der Mitgliederinformation ist zu entnehmen, dass zumindest einzelne Mitarbeitende des Standortes B._____ in C._____ (und D._____) weiterarbeiten, was darauf hindeutet, dass die Beschwerdeführerin mit diesen Mitgliedern weiterhin rechnet. Keinesfalls kann die Beschwerdeführerin aber darauf zählen, alle (trotz Pandemie verbleibenden) Mitglieder beider Standorte behalten zu können und hierfür Personal einzuplanen. Wenn sie ausführt, die Zahl der fehlenden Neumitglieder beider Standorte entspreche in etwa der Mitgliederzahl eines Standortes, deutet sie aber an, dass sie weiterhin mit Kunden wie aus zwei Standorten rechnet. Andererseits zeigt diese Feststellung aber auch auf, dass es (wohl) richtig war, einen Standort zu schliessen, gleichzeitig aber auch, dass die Auslastung für einen Standort nach wie vor gegeben sein dürfte.

3.4 Insgesamt wird die Arbeitslast der Angestellten der Beschwerdeführerin somit durch mehrere Faktoren bestimmt. Die Restrukturierung mit einer gewissen Unsicherheit, wie sich die Mitglieder verhalten werden. Die Sommermonate, welche pandemieunabhängig zu einem gewissen (vorübergehenden) Einbruch

führen. Aber auf jeden Fall auch die Pandemie, welche einerseits mit den Schliessungen unmittelbar zu einem Einbruch der Eintritte und Mitgliederzahlen führte und andererseits genau deswegen auch 'nachhallt'. Die Tatsache allein, dass Fitnesscenter wieder öffnen durften, führt glaubhaft nicht unmittelbar zu einer Situation und Auslastung wie vor der verordneten Schliessung. Es ist anzuerkennen, dass die Auswirkung der Pandemie nachwirkt. Gleichzeitig darf aber auch von einer Erholung ausgegangen werden, mithin von einer vorübergehenden Minderauslast für die Angestellten. Mithin ist glaubhaft, dass die Pandemie auch über den 12. Juni 2021 hinaus mitursächlich ist für eine geringere Nachfrage.

3.5 Wie eben dargestellt, ist die Pandemie aber bloss eine von mehreren Ursachen. Auch die Restrukturierung hat ihren Anteil und für diese Unsicherheit in der Personalplanung aufgrund der Restrukturierung hat nicht die KAE einzustehen. Es rechtfertigt sich daher, für die Frage der KAE die Restrukturierung auszublenken und einen Anspruch nur insoweit zu gewähren, wie wenn das bestehende Fitnesscenter C. _____ wie bis anhin weitergeführt würde, d.h. wie vor der Schliessung B. _____. Das heisst, für die Anspruchsprüfung ist nicht von der Organisation ab Juni 2021 auszugehen, sondern von den in C. _____ eingesetzten Stellenprozenten von zuvor. Soweit die Beschwerdeführerin durch die Schliessung des Standortes B. _____ die Stellenprozente in C. _____ erhöht hat, muss diese Erhöhung für die Beurteilung der Kurzarbeit unberücksichtigt bleiben. Denn wenn dieses (zusätzliche) Personal ab Juni 2021 nicht genügend ausgelastet ist, hängt dies mehr mit der Restrukturierung als mit der Pandemie zusammen. Wenn aber nicht einmal das schon zuvor in C. _____ angestellte Personal ausgelastet ist, dann ist dies auf die Pandemie zurückzuführen und entsprechend KAE-berechtigt.

Bleibt zu ergänzen, dass der weitere Einbruch ab Mitte September 2021 aufgrund der Einführung der Zertifikatspflicht so oder anders auf die Pandemie zurückzuführen ist und Anspruch auf KAE besteht.

4. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als begründet, soweit die Vorinstanz einen Anspruch auf KAE ab dem 12. Juni 2021 grundsätzlich verneinte. Denn für den Standort C. _____, so wie er vor der Reorganisation betrieben wurde, und soweit er mit dem Stellenetat wie zurzeit vor der Schliessung des Standortes B. _____ geführt wurde, ist ein Zusammenhang zwischen rückläufiger Nachfrage und der Pandemie glaubhaft. Entsprechend ist der Einspracheentscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die Anspruchsvoraussetzungen für den Standort C. _____ mit einem

Personaletat wie vor der Schliessung des Standorts B. _____ prüft resp. KAE gewährt.

5. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben; Anspruch auf eine Parteien-schädigung besteht nicht (Art. 61 lit. f^{bis} und g ATSG).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden der Einspracheentscheid vom 11. Oktober 2021 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen auf Kurzarbeitsentschädigung ab 12. Juni 2021 und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Es werden keine Kosten erhoben.

3. 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).

4. Zustellung an:

- die Beschwerdeführerin (R)
- die Vorinstanz (EB)
- und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 21. Februar 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: 17. März 2022