

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2021 18

Entscheid vom 16. Juni 2021

Besetzung

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

Parteien

A._____ GmbH,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch B._____,

gegen

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

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (COVID-19 Arbeitslosenversicherung;
KAE)

Sachverhalt:

A. Die A._____ GmbH betreibt seit dem 1. Mai 2018 in F._____ das C._____, ein Speiserestaurant mit kalter und warmer Küche.

Am 19. August 2020 reichte die A._____ GmbH bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Schwyz eine Voranmeldung von Kurzarbeit ab voraussichtlich 1. September 2020 aufgrund von behördlichen Massnahmen infolge der Pandemie Covid-19 ein, mit der Begründung, aufgrund der aktuellen Lage rund um das Coronavirus könne nicht das ganze Restaurant benutzt werden (Bf-act. 2).

Nach Abklärungen bei der Gesuchstellerin (vgl. Vi-act 2 und 3) erhob das Amt für Arbeit mit Verfügung vom 22. Oktober 2020 Einspruch gegen die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung, nachfolgend KAE (Bf-act. 3), wogegen die A._____ GmbH am 27. Oktober 2020 Einsprache erhob (Bf-act. 4).

B. Mit (vorliegend nicht angefochtener) Verfügung vom 17. Dezember 2020 hat das Amt für Arbeit gegen die Ausrichtung von KAE für den Zeitraum vom 15. Dezember 2020 bis zum 13. März 2021 keinen Einspruch erhoben und die A._____ GmbH ermächtigt, den Antrag und Abrechnung von KAE bei der Arbeitslosenkasse einzureichen (Bf-act. 8).

C. Mit Entscheid Nr. 268/20 v. 22. Januar 2021 wies das Amt für Arbeit die Einsprache gegen die Verfügung vom 22. Oktober 2020 ab.

D. Dagegen lässt die A._____ GmbH mit Eingabe vom 23. Februar 2021 beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgemäss Beschwerde erheben mit folgenden Anträgen:

1. Der Einspracheentscheid Nr. 268/20 des Amtes für Arbeit Kanton Schwyz vom 22.01.2021 betreffend Verfügung vom 22.10.2020 und die Verfügung vom 22.10.2020 des Amtes für Arbeit Kanton Schwyz seien vollumfänglich aufzuheben.
2. Der Antrag der Beschwerdeführerin vom 19.08.2020 auf Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung sei gutzuheissen und es sei der Beschwerdeführerin für die Zeit ab 01.09.2020 bis und mit 14. Dezember 2020 die Kurzarbeitsentschädigung durch die kantonale Arbeitslosenkasse Schwyz auszurichten.
3. Eventualiter sei der Einspracheentscheid aufzuheben und zwecks Ergänzung und Neuurteilung an das Amt für Arbeit zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuern, zu Lasten der Beschwerdegegnerin/Vorinstanz.

E. Das Amt für Arbeit beantragt mit Vernehmlassung vom 23. März 2021 die Abweisung der Beschwerde.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf 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. Weisung Nr. 2021/07 "Sonderregelung aufgrund der Pandemie" des Staatssekretariats für Wirtschaft, SECO, v. 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 regel-

mässig 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 v. 20.12.2017 E. 3.2 m.H.; BGE 128 V 305 E. 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 E. 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. E. 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 E. 2b; 119 V 130 E. 5b; Rhinow/ Krähen-

mann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 24 S. 76 ff.).

2.1 Vorliegend rügt die Beschwerdeführerin zunächst in formeller Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz. Einerseits habe sich die Vorinstanz im Einspracheentscheid ungenügend mit ihren Argumenten bzw. dem unbestrittenen Sachverhalt und insbesondere den durch die Coronakrise verursachten Umsatzrückgang auseinandergesetzt und andererseits habe sie ihr keine Gelegenheit gegeben, sich zum Vorwurf der Verletzung der Schadenminderungspflicht zu äussern.

2.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV gebietet, dass die Behörde die Vorbringen der betroffenen Person auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (BGE 139 V 496 E. 5.1). Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 142 II 49 E. 9.2; 137 II 226 E. 3.2; je mit Hinweisen). Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (vgl. BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; BGE 138 IV 81 E. 2.2; Urteile BGer 2C_515/2017 vom 22.11.2017 E. 2.3.3).

Allerdings kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs nach ständiger Rechtsprechung dann als geheilt gelten kann, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 124 V 183 E. 4a m.H.). Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2.; 132 V 387 E. 5.1).

2.3 Das Amt für Arbeit legt in der Verfügung vom 22. Oktober 2020 dar, aus welchen Gründen gegen das Gesuch der Beschwerdeführerin Einsprache erhoben wird. Insbesondere führt es aus, dass die Reduktion der Öffnungszeiten um

vier Stunden pro Tag automatisch einen Arbeitsausfall zur Folge habe und dass zudem der Umgang mit dem Coronavirus als "betriebsüblich" zu qualifizieren sei. Im Einspracheentscheid führt die Vorinstanz ergänzend aus, dass die im Restaurationsbetrieb zu treffenden Schutzmassnahmen möglicherweise zu Umsatzeinbussen geführt hätten, auf den Personalbestand habe dies allerdings nur bedingt Auswirkungen gehabt. Insgesamt werden damit sowohl in der Verfügung als auch im Einspracheentscheid die Gründe für die Ablehnung des Gesuches rechtsgenügend dargelegt. Die Beschwerdeführerin war denn auch in der Lage, sich ein Bild über die Entscheidungsgrundlagen der Vorinstanz zu bilden und begründete Rechtsmittel dagegen zu erheben. Ob die für die Ablehnung des Gesuches herangezogenen Gründe einer materiellrechtlichen Überprüfung standhalten, wird anschliessend zu prüfen sein. In formeller Hinsicht liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

3.1 In der Verfügung vom 22. Oktober 2020 führt das Amt für Arbeit aus, seit dem 11. Mai 2020 hätten die Restaurants wieder öffnen können. Im Juni 2020 seien weitere Lockerungen erfolgt. Mehrheitlich hätten sich die Kunden an die veränderte Situation gewöhnt, welche sie im Alltag in Restaurants, Coiffeurgeschäften und vergleichbaren Unternehmen erwarte. Die Situation mit dem Coronavirus werde voraussichtlich noch länger dauern. Einige Massnahmen seien bereits in den Alltag integriert und erschienen als selbstverständlich (Hygienemassnahme wie Schutzmasken, Desinfektionsmittel). Der Betrieb habe die Öffnungszeiten um täglich vier Stunden reduziert. Bei einer so starken Einschränkung der Öffnungszeiten würde automatisch ein Arbeitsausfall resultieren. Inzwischen sei die Situation mit dem Coronavirus im Übrigen "Alltag" und der daraus entstehende Arbeitsausfall könne bei klassischen Restaurants deshalb nicht mehr als aussergewöhnlich bezeichnet werden. Diese Situation sei betriebsüblich und könne jeden Betrieb in dieser Branche gleichermassen treffen (Bf-act. 3).

Im Einspracheentscheid führt die Vorinstanz ergänzend aus, es könne durchaus möglich sein, dass im C._____ der Gesuchstellerin infolge der Abstandsvorschriften eine Normalauslastung nicht mehr möglich gewesen sei. Allerdings würde die KAE nicht für Umsatzeinbussen geleistet, sondern es würden dadurch die Lohnkosten derjenigen Mitarbeiter übernommen, welche nicht mehr in dem Masse beschäftigt werden könnten, wie dies vertraglich vorgesehen sei. Die Gesuchstellerin anerkenne allerdings, dass die Schutzmassnahmen auf den Personalbestand nur bedingt einen Einfluss gehabt hätten, da zu Stosszeiten trotzdem ein hoher Grad an Servicequalität erwartet worden sei. Insgesamt müsse sich die Gesuchstellerin den Vorwurf gefallen lassen, nicht alle zumutbaren Vorkehrun-

gen getroffen zu haben, um den der Arbeitslosenversicherung entstehenden Schaden zu vermeiden oder zu mindern.

3.2 Im Gesuch vom 19. August 2020 gab die Beschwerdeführerin an, bei einem Personalbestand von insgesamt 7 Personen seien vier Arbeitnehmende von Kurzarbeit betroffen, wobei der voraussichtliche Arbeitsausfall auf 25% geschätzt werde (Bf-act. 2). Im Rahmen der Einsprache vom 27. Oktober 2020 machte sie dann geltend, die Platzverhältnisse in ihrem Restaurant liessen es nur bedingt zu, die erforderlichen Abstände zu gewährleisten; eine Normalauslastung des C. _____ sei nicht möglich. Auch der kleine Saal könne aufgrund der geltenden Bestimmungen nur Kleingruppen zur Verfügung gestellt werden. Auf den Personalbestand habe dies nur bedingt einen Einfluss, da zu Stosszeiten trotzdem ein hoher Grad an Servicequalität erwartet werde (Bf.act. 4).

Im Beschwerdeverfahren führt die Beschwerdeführerin aus, als Folge der Covid-19-Krise sei der Umsatz generell zurück gegangen. Einerseits hätten die Schutzmassnahmen eine Nutzung der Gasträume nicht mehr im bisherigen Masse zugelassen, andererseits hätten die Gäste zunehmend dem Aufruf "Bleiben Sie zu Hause" von Behörden und Fachpersonen Folge geleistet und sich vermehrt zu Hause oder am Arbeitsplatz verpflegt. In der Zeit zwischen 09.00 und 10.00 Uhr sowie zwischen 14.00 und 17.00 Uhr seien praktisch keine Gäste mehr erschienen. Gespräche mit den Gästen hätten ergeben, dass diese sich dem Ansteckungsrisiko in einem Restaurant, das trotz Schutzkonzept bestehen würde, nicht hätten aussetzen wollen. Die Beschwerdeführerin habe ihre Mitarbeiterinnen in der Zeit zwischen 09.00 und 10.00 Uhr sowie zwischen 14.00 und 17.00 Uhr nicht im leeren Restaurant ohne Arbeit herumstehen lassen wollen. Deshalb habe sie das Restaurant ab dem 1. September 2020 in diesen Zeiten geschlossen. Diese Massnahme habe im September 2020 im Vergleich zum September 2019 zu keinen Umsatzeinbussen geführt. Erst ab Oktober 2020 sei der Umsatz im Vergleich zum Vorjahr massiv eingebrochen (Oktober: - 32%, November: - 40%, Dezember: - 48%). Im Vergleich zur gleichen Periode im Vorjahr (September - Dezember) sei der Umsatz um Fr. 53'071 bzw. 31% eingebrochen. Im Weiteren legt sie für jeden einzelnen Arbeitnehmenden (sowohl für solche mit festem Pensum als auch für solche auf Abruf) detailliert dar, wie sich deren Arbeitszeiten im Vergleich zur Vorjahresperiode verändert hat, wobei sie für alle Mitarbeitenden zusammen eine Reduktion der Arbeitszeiten im Zeitraum September - Dezember 2021 von 31% errechnet.

Die Beschwerdeführerin bestreitet, durch die zeitweise Schliessung, den Einsatz von Mitarbeitern verunmöglicht und damit die Schadenminderungspflicht verletzt zu haben. Sie beschäftige sowohl Mitarbeiter mit einem festen Arbeitspensum als

auch Mitarbeitende auf Abruf. Die Arbeitsplätze ihrer Mitarbeitenden mit festem Pensum habe sie bis zum heutigen Tage erhalten können. Die Mitarbeitenden auf Abruf habe sie ab September 2020 wenig bis gar nicht mehr beschäftigen können. Bei den Mitarbeitenden auf Abruf sei vertraglich keine Mindestarbeitszeit vorgesehen. Diese hätten keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, zumal deren Arbeitszeiten in den letzten 12 Monaten mindestens einmal eine Schwankung von mehr als 20 Prozent nach oben oder unten aufgewiesen hätten und somit in keinem der Fälle von Normalarbeitszeit gesprochen werden könne. Durch die Nichtbeschäftigung der Mitarbeitenden auf Abruf sei der Vorinstanz deshalb kein Schaden entstanden.

Die Beschwerdeführerin weist im Weiteren darauf hin, dass gemäss den Ausführungen des Seco die Auswirkungen des Coronavirus nicht zum normalen Betriebsrisiko gehörten. Die Haltung der Vorinstanz, wonach die Coronavirus-Situation inzwischen "Alltag" und betriebsüblich sei, stehe im Widerspruch dazu.

4.1 Gemäss der im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches geltenden Weisung Nr. 2020/10 des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) vom 22. Juli 2020 kann eine Pandemie 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. Der Hinweis auf die Pandemie genügt als Begründung (Ziff. 2.2 der Weisung). Diese Weisung wurde verschiedentlich revidiert, die vorstehend zitierte Anerkennung der Pandemie als wirtschaftliche und unvermeidbare Gründe für den Arbeitsausfall (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG) blieb jedoch bestehen und ist auch in der Version vom 20. April 2021 (Weisung 2021/07) so enthalten mit der Ergänzung, dass der Arbeitgeber glaubhaft muss darlegen können, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen sind. Der einfache Hinweis auf die Pandemie genügt nicht mehr als Begründung.

4.2 Gemäss der SECO-Weisung "Sonderregelung aufgrund der Pandemie" sowohl in der im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung geltenden Fassung vom 22. Juli 2020 (Weisung 2020/10) als auch in der aktuell geltenden Fassung vom 20. April 2021 (Weisung 2021/07) entfällt allerdings mit der schrittweisen Lockerung für die betroffenen Betriebe in den meisten Fällen die behördliche Massnahme als Begründung eines Anspruches auf KAE. Es werden aber diverse Ausnahmen aufgeführt (Weisung 2020/10 S. 9 f.; Weisung 2021/07). So besteht grundsätzlich

weiterhin ein Anspruch auf KAE, wenn ein Betrieb aufgrund der weiterhin geltenden Massnahmen zum Gesundheitsschutz nur einen Teil der Arbeitnehmenden wieder beschäftigen kann. Dann ist der Anspruch auf KAE für Arbeitsausfälle von Arbeitnehmenden gegeben, die nur teilweise oder nicht beschäftigt werden können. Im Weiteren besteht weiterhin ein Anspruch auf KAE, wenn ein Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen nur einen Teil der Arbeitnehmenden wieder beschäftigen kann.

4.3 Die Vorinstanz führt grundsätzlich korrekt aus, dass Umsatzeinbussen keine Arbeitsausfallstunden darstellen und für sich alleine keine Grundlage für die Ausrichtung von KAE bilden (vgl. VGE II 2020 108 v. 1.2.2021 E. 2.1 und 2.2). Kann aber das Personal oder ein Teil davon nicht arbeiten, weil wirtschaftliche Gründe, verursacht durch die Pandemie selbst oder durch für Dritte geltende Massnahmen, eine Beschäftigung realistischerweise nicht gerechtfertigt hätten, besteht ein Anspruch auf KAE (VGE II 2020 108 v. 1.2.2021 E 3.5). Im zitierten Entscheid hat das Gericht auch festgehalten (E. 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.

5.1 Die Beschwerdeführerin legt in der Beschwerde sowohl in Bezug auf den Umsatz als auch in Bezug auf die von den Arbeitnehmenden geleisteten Arbeitsstunden ab Oktober 2020 im Vergleich mit der Vorperiode (3. Trimester 2019 bzw. 4. Quartal 2019) einen erheblichen Rückgang dar.

Gemäss dieser unbestrittenen Darstellung beschäftigte die Beschwerdeführerin im Gesuchszeitpunkt acht Mitarbeitende; sechs davon standen in einem Arbeitsverhältnis auf Abruf; zwei Mitarbeitende waren zu einem festen Pensum (80% und 100%) angestellt. Ein Anspruch auf KAE wurde sinngemäss nur für die zu einem festen Pensum angestellten Mitarbeitenden geltend gemacht. Diesbezüglich ergeben sich aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin folgende Veränderungen der Arbeitszeiten im Vergleich zur Vorjahresperiode:

D. _____ (100%)	2019	2020	Differenz
September	165 h	200.75 h	+22%
Oktober	188.75 h	138.25 h	-27%
November	195 h	179 h	-8%
Dezember	185.5 h	152 h	-18%

E._____ (80%)	2019	2020	Differenz
September	153.5 h	157.5 h	+3%
Oktober	173 h	107.5 h	-38%
November	151.5 h	133.25 h	-12%
Dezember	164.3 h	120.5 h	-27%

Von den sechs Mitarbeitenden, welche auf Abruf beschäftigt werden und welche in der Vorjahresperiode (September bis Dezember 2019) in unterschiedlichem zeitlichem Umfang im Betrieb eingesetzt wurden, wurden fünf in der Periode September bis Dezember 2020 überhaupt nicht mehr beschäftigt und eine Mitarbeitende wurde in reduziertem Umfang (bzw. im September 2020 vergleichsweise mehr Arbeitsstunden, ab Oktober bis Dezember 2020 deutlich weniger Arbeitsstunden) eingesetzt.

In Bezug auf die Umsatzzahlen legt die Beschwerdeführerin detailliert dar, dass diese im September 2020 im Vergleich zum Vorjahr zwar leicht gestiegen sind, danach (Oktober - Dezember 2020) brach der Umsatz jedoch massiv ein (durchschnittliche Umsatzeinbusse Periode September bis Dezember 2020: 31%). Auch diese Zahlen werden von der Vorinstanz nicht in Frage gestellt.

5.2 Vorliegend ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass für den Umsatzrückgang und die infolge fehlender Nachfrage reduzierte Beschäftigung der Mitarbeitenden einerseits wirtschaftliche Gründe im Sinne von Art. 32 Abs. 1 lit.a AVIG und andererseits behördliche Massnahmen im Sinne von Art. 32 Abs. 3 AVIG ursächlich sind. Zwar bestanden im vorliegend streitigen Zeitraum ab 1. September bis zum 14. Dezember 2020 keine behördlichen Massnahmen, welche es einem Restaurationsbetrieb nicht erlaubt hätten, den Betrieb in zeitlich vollem Umfang bzw. von 09.00 bis 22.00 Uhr (Öffnungszeiten des Betriebes der Beschwerdeführerin vor Ausbruch der Corona-Epidemie) offen zu halten. Es bestanden allerdings weiterhin behördliche Vorgaben, welche mit Einschränkungen der Betriebsführung verbunden waren, sowie die behördliche Empfehlung, Kontakte zu meiden. Gemäss der damals geltenden Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage, SR 818.101.26 in der Fassung vom 15.8.2020) hatten Betreiber von öffentlich zugänglichen Einrichtungen und Betrieben ein Schutzkonzept zu erarbeiten (Art. 4 Abs. 1). Gemäss Art. 4 Abs. 2 der Verordnung hatte das Schutzkonzept Massnahmen für Hygiene und Abstand vorzusehen. Eine Unterschreitung des Abstands war zulässig, wenn geeignete Schutzmassnahmen wie das Tragen einer Gesichtsmaske oder das Anbringen zweckmässiger Abschränkungen vorgesehen wurden (Art. 4 Abs. 2 lit. a). In Anhang 3 der Verordnung werden die Schutzmassnahmen näher geregelt. Dabei wird u.a. vorgegeben, dass zwischen den Personen ein Abstand von mindestens 1.5 m einzuhalten ist

(Anhang Ziff. 3.1). In Abweichung von Ziffer 3.1 können im Sitzplatzbereich die Plätze so angeordnet oder belegt werden, dass mindestens ein Platz freigehalten oder zwischen den Sitzplätzen ein gleichwertiger Abstand eingehalten wird (Anhang Ziff. 3.2). Zudem sind die Gästegruppen so zu platzieren, dass der erforderliche Abstand zwischen den einzelnen Gruppen eingehalten wird (Anhang Ziff. 3.3). Diese Vorgaben wurden in der Folge auch bei punktuellen Änderungen der Covid-19-Verordnung besondere Lage grundsätzlich beibehalten. Es bestanden mithin behördliche Vorgaben, welche es den Betreibern insbesondere von kleinflächigen Restaurationsbetrieben mit eher beengten Platzverhältnissen (wie der C._____ -betrieb der Beschwerdeführerin, vgl. www.C._____.ch) verunmöglichten oder zumindest stark erschwerten, die ansonsten übliche und mögliche Gästezahl zu bewirten. Aufgrund der räumlichen Verhältnisse im Restaurant der Beschwerdeführerin und der behördlich vorgegebenen Abstands- und Hygienebestimmungen ist es mithin nachvollziehbar, dass eine Vollauslastung des Betriebes nicht mehr möglich war.

Andererseits hatten die Gastgewerbebetriebe insgesamt und auch die Restaurationsbetriebe im Speziellen im Vergleich mit der Vorjahresperiode trotz weitgehender Öffnungen ab Mai 2020 insbesondere mit den stark steigenden Infektionszahlen ab ca. September/Oktober 2020 (vgl. dazu die vom BAG dazu veröffentlichten Zahlen auf www.covid19.admin.ch/de/overview) starke Umsatzrückgänge in Kauf zu nehmen. Gemäss der "Konjunkturumfrage Gastgewerbe" der Konjunkturforschungsstelle (KOF) der ETH und von GastroSuisse ist der Umsatz im Gastgewerbe (Hotellerie und Restauration) im 4. Quartal 2020 im Vergleich zum 4. Quartal 2019 um 42.4% gesunken; der Umsatzeinbruch in der Restauration betrug 40.7%. Bereits im 3. Quartal 2020 lag der Umsatz im Bereich Restauration 27.7% unter dem Umsatz des 3. Quartals 2019 (vgl. www.gastrosuisse.ch/verband/zahlen-trends/konjunktur-kof/). Der von der Beschwerdeführerin dargelegte Umsatzrückgang in den Monaten Oktober - Dezember 2020 im Vergleich zur Vorjahresperiode Oktober - Dezember 2019 von durchschnittlich 31% (nachdem im September 2020 noch eine untergeordnete Umsatzsteigerung erwirtschaftet werden konnte) korreliert mithin mit den statistisch für das Gastgewerbe ermittelten Umsatzzahlen.

In casu kann mithin den nachvollziehbaren und glaubhaften Darstellungen der Beschwerdeführerin gefolgt werden, wonach sowohl die Hygienevorschriften (infolge der Abstandsvorschriften konnten weniger Gäste bewirtet werden) und die damit einhergehende Reduktion des Normalbetriebes als auch die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie (weniger Gäste infolge erhöhter Ansteckungsgefahr in Innenräumen bei steigenden Infektionszahlen insbesondere ab September/Oktober 2020) zu einer Reduktion der Arbeitszeiten der Mitarbeitenden ge-

führt haben. Die Einschränkung der Öffnungszeiten des Betriebes ab September 2020 um insgesamt vier Stunden/Tag (Öffnungszeiten vorher: 09.00 - 22.00 Uhr, Öffnungszeiten ab September 2020: 10.00 - 14.00 Uhr und 17.00 - 22.00 Uhr) waren nicht Ursache der Unterbeschäftigung der Mitarbeitenden sondern vielmehr Folge der rückläufigen Nachfrage und der infolge der Hygienevorschriften bestehenden Betriebseinschränkungen. Die Beschwerdeführerin hat infolge Ausbleibens der Kunden und damit fehlendem Arbeitsbedarf die Betriebszeiten reduziert, was betriebswirtschaftlich sinnvoll war und keine Verletzung der Schadenminderungspflicht darstellt. Es liegt mithin ein anrechenbarer Arbeitsausfall im Sinne von Art. 31 Abs. 1 lit b AVIG vor.

5.3 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und die Verfügung vom 22. Oktober 2020 sowie der Einspracheentscheid vom 22. Januar 2021 werden 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 und ist im Rahmen des neuen Entscheides durch das Amt für Arbeit zu prüfen. Für welche Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf KAE besteht, kann im vorliegenden Verfahren nicht entschieden werden. Hinzuweisen ist einzig auf Art. 8f der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung der Arbeitslosenversicherung, SR 837.033), wonach in Abweichung von Art. 31 Abs. 3 lit. a und Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG auch Arbeitnehmenden und Arbeitnehmer auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad starken Schwankungen unterliegt (mehr als 20%) Anspruch auf KAE haben, sofern sie seit mindestens 6 Monaten unbefristet in dem Unternehmen arbeiten, das Kurzarbeit anmeldet (Abs. 1). Die fragliche Bestimmung wurde mit Ziff. I 1 der Verordnung vom 8. April 2020 über ergänzende Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus im Bereich der Arbeitslosenversicherung eingefügt und war vom 9. April 2020 bis zum 31. August 2020 in Kraft (AS 2020 1201). Im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches um Ausrichtung von KAE durch die Beschwerdeführerin war mithin davon auszugehen, dass für Arbeitnehmende auf Abruf kein Anspruch auf KAE besteht. Mit Revision vom 28. Oktober 2020 wurde die fragliche Bestimmung rückwirkend ab 1. September 2020 wieder eingeführt (AS 2020 4517). Die Änderung stellt mithin für Arbeitnehmende auf Abruf einen Anspruch ohne Unterbruch seit März 2020 sicher.

5.4 Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat die Vorinstanz der rechtlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 61 lit. g Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts,

ATSG; SR 830.1). Die Höhe der Parteientschädigung wird in Berücksichtigung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411), der ordentlicherweise für das Honorar in Verfahren vor dem Verwaltungsgericht in § 14 GebTRA einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht sowie in § 2 GebTRA die Bemessungskriterien erwähnt, auf Fr. 1'800.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festgesetzt. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. ^fbis ATSG).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des Amtes für Arbeit vom 22. Oktober 2020 sowie der Einspracheentscheid vom 22. Januar 2021 werden 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 rechtlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'800 (inkl. MwSt und Barauslagen) auszurichten.
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).
5. Zustellung an:
 - den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (2/R)
 - die Vorinstanz (EB)
 - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, Bern (A)

Schwyz, 16. Juni 2021

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumanzisch 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: 22. Juni 2021