

# Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



---

II 2021 28

## Entscheid vom 16. Juni 2021

---

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident  
Dr.oec. Andreas Risi, Richter  
Dr.iur. Frank Lampert, Richter  
MLaw Stefanie Zlauwinen, a.o. Gerichtsschreiberin

---

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_, c/o **B.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,  
vertreten durch **B.**\_\_\_\_\_.

**gegen**

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

---

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Covid-19 Arbeitslosenversicherung;  
Kurzarbeitsentschädigung)

## **Sachverhalt:**

**A.** Die A. \_\_\_\_\_ betreibt seit 1. Dezember 2019 ein Detailhandelsgeschäft in C. \_\_\_\_\_, welches im Rahmen des Einkaufstourismus insbesondere Süswaren, Spezialitäten, Tabakwaren und alkoholische Getränke verkauft.

Am 1. Oktober 2020 reichte die A. \_\_\_\_\_ beim Amt für Arbeit die Voranmeldung von Kurzarbeit aufgrund behördlicher Massnahmen infolge Pandemie Covid-19 ab 1. Oktober 2020 ein. Die Kurzarbeit müsse für den Gesamtbetrieb (in casu 3 Personen, wobei 2 Arbeitnehmende von Kurzarbeit betroffen seien) eingeführt werden. Aufgrund geltender Reisebeschränkungen, u.a. in Deutschland für das Risikogebiet D. \_\_\_\_\_, versiege der Zulauf deutscher Touristen nach C. \_\_\_\_\_ (vgl. Vi-act. 1).

**B.** Nach Prüfung der Voranmeldung ersuchte das Amt für Arbeit die A. \_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 9. Oktober 2020 um Zustellung zusätzlicher Informationen und Unterlagen. Dieser Aufforderung kam die A. \_\_\_\_\_ mit E-Mail vom 28. Oktober 2020 nach (vgl. Vi-act. 3).

**C.** Mit Verfügung vom 2. November 2020 erhob das Amt für Arbeit Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung (KAE) mit der Begründung, der Betrieb habe die Öffnungszeiten seit dem 28. September 2020 um wöchentlich 20 Stunden reduziert, mithin liege kein anrechenbarer, aussergewöhnlicher Arbeitsausfall vor und die reduzierten Öffnungszeiten liessen sich nicht mit der Schadenminderungspflicht vereinbaren (vgl. Vi-act. 4).

**D.** Gegen diese Verfügung bzw. diesen Einspruch erhob die A. \_\_\_\_\_ am 11. November 2020 Einsprache, welche das Amt für Arbeit mit Einspracheentscheid Nr. 286/20 vom 8. Februar 2021 abwies (vgl. Vi-act. 7).

**E.** Am 8. März 2021 (Postaufgabe 9.3.2021) lässt die A. \_\_\_\_\_ frist- und formgerecht Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz einreichen mit folgendem Rechtsbegehren:

Der Einspracheentscheid vom 8.2.2021 und die betroffene Verfügung vom 2.11.2020 seien aufzuheben und der A. \_\_\_\_\_ sei die für die Zeit vom 1. Oktober 2020 bis 31. Dezember 2020 beantragte Kurzarbeitsentschädigung zu gewähren.

**F.** Mit Vernehmlassung vom 9. April 2021 beantragt das Amt für Arbeit die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

## Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Der Voranmeldung von Kurzarbeit vom 29. September 2020 legte die Beschwerdeführerin u.a. eine Warengruppenstatistik sowie ein Dokument mit Angaben zur Voranmeldung der Kurzarbeit bei (vgl. Vi-act. 1). Dem Dokument zufolge wurde die Gesellschaft am 26. Oktober 2000 gegründet und sie eröffnete am 1. Dezember 2019 ein Ladengeschäft in C.\_\_\_\_\_ mit Verkauf von Süswaren, Spezialitäten, Tabakwaren und alkoholischen Getränken. Die Umsätze seit Beginn wurden wie folgt angegeben:

- Ab 20. Dezember 2019 Fr. 23'979.--
- 1. Quartal 2020 Fr. 151'478.-- (Lockdown ab 17.3.2020)
- 2. Quartal 2020 Fr. 36'110.-- (Lockdown bis 15.6.2020)
- 3. Quartal 2020 ca. Fr. ca. 240'000.-- (keine D-Kunden ab 25.9.2020)
- 4. Quartal 2020 Fr. 60'000.-- (Schätzung)

Die Beschwerdeführerin macht geltend, aufgrund der Covid-19 Vorschriften habe das Ladengeschäft vom 17. März 2020 bis 15. Juni 2020 geschlossen bleiben müssen, mithin sei kein Verkauf realisiert worden. Am 25. September 2020 habe Deutschland das D.\_\_\_\_\_, welches als Anreisetransitgebiet für C.\_\_\_\_\_ massgeblich sei, als Risikogebiet für das Corona-Virus eingestuft und von nicht notwendigen Reisen abgeraten. Bei der Rückkehr nach Deutschland müsse entweder ein negativer Covid-19-Test vorgewiesen werden, der nicht älter als 48 Stunden sein dürfe, oder es gelte eine verpflichtende 14-tägige Quarantäne. Schon zuvor hätten die Niederlande E.\_\_\_\_\_ sowie Belgien ganz D.\_\_\_\_\_ auf die rote Liste gesetzt. Die Schweiz habe diesen Schritt für F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ vollzogen. Durch diese erneuten Massnahmen der Bundesrepublik Deutschland versiege der Zulauf Deutscher Touristen nach C.\_\_\_\_\_. Massnahmen zur Vermeidung der Kurzarbeit gebe es keine, die einzige Möglichkeit sei, dem Personal zu kündigen und allenfalls auf Teilzeitbasis wieder anzustellen. Das Organigramm des Betriebs wird wie folgt dargestellt:

- Geschäftsführer und aktiver Verkäufer: H.\_\_\_\_\_
- Verkäuferin und zuständig für Administratives: I.\_\_\_\_\_
- Verkäufer und zuständig für Warenlager: J.\_\_\_\_\_

I.\_\_\_\_\_ werde ihr Vollzeitpensum auf ca. 20% reduzieren und J.\_\_\_\_\_ werde sein Teilzeitpensum vollständig aufgeben müssen. Grund dafür seien der Ausfall von Deutschen Touristen in C.\_\_\_\_\_ wegen der Covid-19 Massnahmen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz. Das Schutzkonzept mit Beschränkung der Zutritte im Laden und die Empfehlung des Maskentragens im Laden würden ebenfalls zu einem Umsatzrückgang führen, welcher noch nicht genau beziffert werden könne, aber auf mind. 40% geschätzt werde. Die Ladenöffnungszeiten würden ab 28. September 2020 von bisher 8 Stunden pro Tag

während 6 Tagen die Woche auf neu 5 Stunden werktags und sonntags von bisher 6 Stunden auf neu 4 Stunden reduziert.

**1.2** Mit Schreiben vom 9. Oktober 2020 ersuchte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin um zusätzliche, spezifische Informationen und Unterlagen. Die gewünschte Stellungnahme erfolgte mit E-Mail vom 28. Oktober 2020 (vgl. Vi-act. 3):

- 1. Sie informieren, dass I. \_\_\_\_\_ ihr Vollzeitpensum auf ca. 20% reduzieren wird. Auf welchen Zeitpunkt?**

Die Reduktion des Arbeitspensums von I. \_\_\_\_\_ ist die zu erwartende Kurzarbeit als Folge der Covid-19 Auswirkungen. Ob und in welchem Umfang Arbeitszeiten tatsächlich ausfallen, hängt von den jeweiligen Verhältnissen ab.

- 2. Auf welchen Zeitpunkt wird das Arbeitsverhältnis mit J. \_\_\_\_\_ beendet? Dauer der Kündigungsfrist?**

Auch bei J. \_\_\_\_\_ gehen wir davon aus, dass als Folge der Covid-19 Auswirkungen seine Arbeitszeiten bis zu 100% ausfallen können, aber auch hier werden die aktuellen Verhältnisse den Umfang der Ausfallzeit bestimmen.

Die effektiv ausgefallenen Stunden vom Oktober 2020 können wir Ihnen anfangs November 2020 melden.

- 3. Ist das Geschäft durchgehend - auch in der Zwischensaison - geöffnet? Bitte genaue Angaben bei allfälliger Schliessung in der Zwischensaison.**

In der Zwischensaison, d.h. ab 3.11. bis 30.11. wird der Laden den tatsächlichen Bedürfnissen entsprechend vermutlich nur an den Wochenenden (Freitag bis Sonntag) oder an wetterbedingt gut frequentierten Werktagen geöffnet, sofern uns die Covid-19 Massnahmen keine Ladenschliessung erzwingen.

- 4. Sie haben die Öffnungszeiten ab 28.09.2020 angepasst. Werktags anstelle von 8 noch 5 Stunden, sonntags von 6 auf neu 4 Stunden. Der Arbeitgeber hat im Sinne der Schadenminderungspflicht alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen. Zu bemerken ist, dass Dienstleistungsbetriebe grundsätzlich vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen sind. Begründen Sie bitte, wie sich die reduzierten Öffnungszeiten mit der Schadenminderungspflicht vereinbaren lassen.**

Die A. \_\_\_\_\_ ist mit voller Kraft und Überzeugung daran, das Geschäft weiterhin ordentlich betreiben zu können, soweit dies die Covid-19-Auswirkungen zulassen und sie nimmt ihre Schadenminderungspflicht sowohl als Arbeitgeberin als auch als Unternehmen jederzeit wahr.

**1.3** In der gegen die KAE Einspruch erhebenden Verfügung vom 2. November 2020 verweist die Vorinstanz auf die gesetzlichen Bestimmungen und sie hält fest, ein Arbeitsausfall sei nur dann anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar, vorübergehend und unüblich sei. Der Betrieb habe die Öffnungszeiten seit dem 28. September 2020 um wöchentlich 20 Stunden reduziert, womit automatisch ein Arbeitsausfall entstehe, welcher

nicht als aussergewöhnlich einzustufen sei. Die reduzierten Öffnungszeiten würden sich nicht mit der Schadenminderungspflicht des Arbeitgebers vereinbaren lassen. Diese Situation könne jeden Betrieb dieser Branche gleichermassen treffen. Der Arbeitsausfall sei nicht anrechenbar, dieser unterliege dem Betriebs- bzw. Unternehmerrisiko, weshalb der Anspruch auf KAE abgelehnt würde (vgl. Vi-act. 4).

**1.4** In der Einsprache vom 11. November 2020 begründet die Beschwerdeführerin ihren Arbeitsausfall damit, dass er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sowie unvermeidbar, vorübergehend und wegen der behördlichen Massnahmen im Kampf gegen die Covid-19-Pandemie im In- und Ausland absolut unüblich sei. Der Arbeitsausfall ab dem 25. September 2020 entspreche nicht dem normalen Betriebsrisiko. Die Hauptsaison im Touristenort C.\_\_\_\_\_ würde normalerweise bis zum 2. November dauern. Als Zwischensaison gelte die Zeit vom 3.11 bis 9.12 bzw. voraussichtlich bis 17. Dezember 2020 (gemäss Information K.\_\_\_\_\_/C.\_\_\_\_\_). Der Arbeitgeber habe seine Arbeitnehmer darauf aufmerksam gemacht, dass sie während der Zwischensaison theoretisch eine Zwischenbeschäftigung suchen sollten, was aber in diesen Zeiten praktisch unrealisierbar sei. In der Zwischensaison werde das Personal trotz reduzierten Öffnungszeiten vermehrt im internen Dienst (Inventuren, Grundreinigung, Wartungen, admin. Arbeiten) beschäftigt. Die Umsatzentwicklung in den Monaten September und Oktober würde bereits vor Beginn der Zwischensaison unübliche und ausserordentliche Einbrüche zeigen:

Tagesumsätze	Kumuliert	Durchschnittlich pro Tag
1.9 - 24.9.2020	68'088	2'837
25.9 - 30.9.2020	6'906	1'151
Monatsumsatz September	74'994	
Monatsumsatz Oktober	27'993	903

Aufgrund der Umsatzzahlen sei eindeutig nachgewiesen, dass in der Zeit vom 25. September 2020 bis 31. Oktober 2020 eine aussergewöhnliche Umsatzeinbusse bedingt durch die Corona-Massnahmen in Deutschland und Österreich eingetreten sei. Aktuell würden die Corona-Massnahmen auch in der Schweiz die Planung für die Wintersaison ab 9. oder 17. Dezember 2020 verunsichern. Ohne KAE sei der Betrieb in Zeiten der Corona-Pandemie nicht überlebensfähig. Der Einsprache angefügt waren der Antrag und die Abrechnung von KAE (gültig für Abrechnungsperioden September bis Dezember 2020) sowie das ausgefüllte Hilfsblatt zur Abrechnung von KAE.

**1.5** Im angefochtenen Einspracheentscheid bekräftigt die Vorinstanz, aufgrund der Einschränkung der Öffnungszeiten sei die Beschwerdeführerin ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen. Mit der wöchentlichen Einschrän-

kung von 20 Stunden habe sie sich einerseits die Möglichkeit genommen, ihre Dienstleistungen der Kundschaft anzubieten und andererseits wurde mit der Einschränkung der Öffnungszeiten der Einsatz der Mitarbeiter, wie dieser normalerweise vorgesehen sei, verunmöglicht. Die daraus resultierende Kurzarbeit sei von der Beschwerdeführerin somit willentlich herbeigeführt worden, was der Schadenminderungspflicht grundsätzlich widerspreche. Hinsichtlich des erwähnten Rückgangs der Tagesumsätze in der Einsprache müsse erwähnt werden, dass das Geschäft erst am 1. Dezember 2019 gegründet worden sei und daher noch keine Vergleichszahlen vorliegen würden. Die Einschätzung der Umsätze beruhe folglich auf den Erwartungen der Beschwerdeführerin. Die KAE komme aber nicht für Umsatzrückgänge auf. Mit der KAE würde lediglich ein Teil der Lohnkosten der Angestellten finanziert, welche aufgrund mangelnder Arbeit nicht wie vorgesehen beschäftigt werden könnten. Es könne natürlich sein, dass aufgrund zurückgehender Kundenfrequenzen die Mitarbeiter weniger beschäftigt werden konnten, doch müsse an dieser Stelle geklärt werden, ob dies aufgrund der Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie geschehen sei. C. \_\_\_\_\_ als Bergdorf sei sehr stark vom Wetter abhängig. Ab Ende September und während des ganzen Oktobers 2020 habe eine Schlechtwetterlage das Wettergeschehen der Schweiz geprägt. Erst ab November 2020 habe sich C. \_\_\_\_\_ wieder von der sonnigen Seite gezeigt. Es liege auf der Hand, dass das Bergdorf C. \_\_\_\_\_ trotz seiner fiskalischen Vorteile bei schlechtem Wetter weniger frequentiert werde. Zudem müsse daran erinnert werden, dass die Beschwerdeführerin ebenfalls daran festhalte, dass der November normalerweise als Zwischensaison zu bezeichnen sei. Die Beschwerdeführerin habe nicht alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen, um den der Arbeitslosenversicherung entstehenden Schaden zu vermeiden oder zu mindern.

**1.6** Vor Verwaltungsgericht begründet die Beschwerdeführerin, die gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 32 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0] vom 25.6.1982) i.V.m. Art. 51 Abs. 1 Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV; SR 837.02] vom 31.8.1983) seien kumulativ erfüllt. Von Oktober bis Dezember 2020 seien behördliche Massnahmen seitens des Bundes, des Kantons und seitens der Nachbarstaaten Österreich, Deutschland und Italien verordnet worden, welche Arbeitsausfälle und massive Umsatzverluste verursacht hätten. Auf diesen Sachverhalt sei bereits in den Angaben zur Voranmeldung vom 29. September 2020 hingewiesen und in der Einsprache vom 11. November 2020 mit dem Umsatzrückgang ab 25. September 2020 von 59% und mehr nachgewiesen worden. Für

den Monat Oktober 2020 sei ein Arbeitsausfall von 52.66%, für den Monat November 2020 von 70.82% und für den Monat Dezember 2020 von 60.45% erlitten worden.

Die Beschwerdeführerin bestreitet ausdrücklich die Behauptung der Vorinstanz, wonach sie mit der Einschränkung der Öffnungszeiten ihre Schadenminderungspflicht gegenüber der Arbeitslosenversicherung verletzt und die resultierende Kurzarbeit willentlich herbeigeführt haben sollte. Es handle sich dabei um reine Theorie und widerspreche jeglicher praktischer Lebenserfahrung. Wenn keine oder nur sehr wenige Touristen C. \_\_\_\_\_ besuchen, würden der Beschwerdeführerin die Kunden fehlen und es mache keinen Sinn, das Personal in kundenlosen Zeiten gelangweilt im Laden stehen zu lassen. Die Reduktion der Ladenöffnungszeiten sei nicht stur um 2 Stunden täglich erfolgt, sondern den jeweiligen täglichen Erwartungen entsprechend, was die vorgelegte Zusammenstellung der Öffnungszeiten nachweise (vgl. Beilage 5). Im Durchschnitt der Monate Oktober 2020 bis Dezember 2020 sei die ordentliche Öffnungszeit von 54 Stunden pro Woche auf ca. 42 Stunden pro Woche oder um ca. 22% reduziert worden. Diese Reduktion sei als minimale Anpassung an die tatsächlichen Verhältnisse erfolgt und habe trotzdem nicht vermeiden können, dass das Personal ohne Kundschaft im Laden habe verweilen und in Kurzarbeit habe geschickt werden müssen. Die Reduktion habe nichts damit zu tun, den Einsatz der Mitarbeiter zu verunmöglichen oder den Schaden nicht zu mindern. Im Gegenteil, es sei eine geeignete Massnahme, dem Personal einen sinnvollen Einsatz zu gewähren und deren Motivation und psychische Gesundheit positiv zu beeinflussen. Die normalen 54 Stunden Ladenöffnungszeiten und die zusätzlich notwendigen Arbeitszeiten für den Innendienst würden mit 117 Arbeitsstunden des Geschäftsführers und von zwei Mitarbeitenden geleistet. Der Arbeitsausfall sei nicht durch die reduzierten Öffnungszeiten entstanden, sondern durch das Ausbleiben der Kunden. Die wöchentlich, durchschnittlich ca. 12 Stunden wegfallenden Öffnungszeiten würden denn auch nur einen Teil der durch die behördlichen Massnahmen bedingten Arbeitsausfälle von durchschnittlich ca. 61% ausmachen. Auf keinen Fall würden die Personaleinsätze durch die reduzierten Ladenöffnungszeiten verunmöglicht, wie ihr die Vorinstanz unterstelle. Die Beschwerdeführerin moniert die Ansicht der Vorinstanz, wonach die Öffnungszeiten unabhängig von der Kundenfrequenz beizubehalten sei und das Personal folglich im Laden arbeitslos herumstehen sollte. Diese Ansicht sei falsch und würde beim Personal zu Demotivation und depressiver Stimmung führen, denn es mache wirklich keinen Sinn, die Öffnungszeiten stur beizubehalten, wenn während bestimmten Zeiten tatsächlich kein einziger Kunde zu erwarten sei. Die Beschwerdeführerin habe das Personal, so weit als möglich, für interne Dienste eingesetzt und habe trotzdem massive

Arbeitsausfälle nicht vermeiden können. Der Umsatzrückgang sei erwiesenermassen nicht nur durch die reduzierten Öffnungszeiten bedingt bzw. verursacht worden, sondern durch das Ausbleiben der Kundschaft infolge der behördlichen Massnahmen gegen die Covid-19-Pandemie. Der allfällige Schaden der Arbeitslosenversicherung sei durch die getroffenen Massnahmen gerade gemildert worden, so seien die SOLL-Stunden der beiden anspruchsberechtigten Personen im November 2020 von 302 Stunden auf 245 Stunden reduziert worden.

Auch der Hinweis der Vorinstanz, dass wegen erst zehn Monaten Betriebsdauer keine Vorjahreszahlen vorliegen würden, sei völlig bedeutungslos. Der Geschäftsführer stamme aus der L.\_\_\_\_\_, welche in den betroffenen Lokalitäten bereits seit drei Generationen einen Detailhandelsbetrieb erfolgreich geführt habe (der Grossvater des Geschäftsführers von 1967 - 1990 und die Mutter als Betriebsleiterin bei den Nachfolgebetrieben von M.\_\_\_\_\_, bzw. N.\_\_\_\_\_ von 1990 - 2017). Wegen einer von der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ eingeführten und erhobenen Sondergewerbesteuer sei die Vorgängerin, N.\_\_\_\_\_, gezwungen gewesen, den traditionellen Detailhandelsbetrieb im Jahre 2017 stillzulegen. Was für Umsätze in welchen Monaten zu erreichen wären, sei dem aktuellen Geschäftsführer von seiner Mutter her und auch als ehemaliger Mitarbeiter der N.\_\_\_\_\_ bekannt; dieses Wissen habe auch die Wiedereröffnung des Detailhandelsbetriebes durch die Beschwerdeführerin im Dezember 2019 begründet.

Die Beschwerdeführerin weist schliesslich darauf hin, dass sämtliche Detailhandelsbetriebe und sogar Grosshandelsbetriebe in C.\_\_\_\_\_ auch über den 16. Juni 2020 hinaus und in der Zeit von Oktober 2020 bis Dezember 2020 KAE erhielten und nur der Beschwerdeführerin, welche als einzige den Sitz im Kanton Schwyz habe, sei der Anspruch auf KAE verweigert worden. Die Begründung der Abweisung seitens der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin nicht alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen habe, um den Schaden der Arbeitslosenversicherung zu vermeiden oder zu mindern, sei reine Behauptung ohne tatsächliche Grundlage. Es fehle denn auch seitens der Vorinstanz der Hinweis, welche zumutbaren Vorkehrungen nicht getroffen wurden. Eine Verweigerung der KAE würde somit auch eine Verletzung des verfassungsmässigen Grundsatzes der Gleichbehandlung bedeuten.

**1.7** Mit Vernehmlassung vom 9. April 2021 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie legt dar, aus der Beschwerde der Beschwerdeführerin gingen keine neuen Fakten hervor, welche nicht bereits anlässlich des Einspracheentscheides bekannt gewesen wären. Die Vorinstanz fügt lediglich hinzu, die Beschwerdeführerin habe aufgrund der eingeschränkten Ladenöffnungszeiten gar nicht beurteilen können, ob während dieser Zeit "kein einziger Kunde zu er-

warten gewesen sei", was die Argumentation der Vorinstanz unterstreiche, wonach die Beschwerdeführerin mit den eingeschränkten Öffnungszeiten ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen sei.

2. Streitig und nachfolgend zu prüfen ist, ob die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin auf KAE zu Recht ablehnt mit der Begründung, sie sei aufgrund der Einschränkung ihrer Ladenöffnungszeiten ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen und habe nicht alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen, um den der Arbeitslosenversicherung entstehenden Schaden zu vermeiden oder zu mindern.

**3.1.1** 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 AVIG) 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 AVIV 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, Sperren 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 Betriebsunterbrechun-

gen 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).

**3.1.2** 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).

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

**3.2.1** Mit der Weisung 2021/01 vom 20. Januar 2021 aktualisierte das Seco die "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie". Diese Weisungen gelten rückwirkend seit dem 1. März 2020 bis zum 31. März 2021 und sind in casu heranzuziehen.

Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass Verwaltungsweisungen keine Rechtsquellen des Verwaltungsrechts sind und sich eine Verfügung damit nicht allein auf diese stützen kann (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 81 ff.). Sie richten sich vielmehr an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (vgl. BGE 141 V 365 E. 2.4 mit Hinweisen).

In der Weisung 2021/01 stellt das Seco klar, dass sowohl die Pandemie als auch die daraus resultierenden Arbeitsausfälle als vorübergehend zu betrachten seien (was der Anspruchsvoraussetzung von Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG entspricht, vgl. Weisung 2021/01 Ziff. 2.1). Die Pandemie selbst anerkennt das Seco als ein nicht vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG) und Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage, die auf die Pandemie zurückzuführen, seien in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar. Der Arbeitgeber müsse jedoch glaubhaft darlegen können, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen sind, der einfache Hinweis auf die Pandemie als Begründung sei ungenügend (vgl. Weisung 2021/01 Ziff. 2.2). Des Weiteren hält das Seco fest, die von den Behörden ergriffenen Massnahmen im Zusammenhang mit der Pandemie seien als aussergewöhnlich zu betrachten und die durch sie begründende Arbeitsausfälle anrechenbar (Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 AVIV).

**3.2.2** Im Rahmen der schrittweisen Lockerungen der Pandemie-Massnahmen hat das Seco auch seine Weisungen an die kantonalen Arbeitsämter und die Arbeitslosenstellenbetriebe betreffend die "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" angepasst. Während der blosser Hinweis auf die Pandemie zunächst genügt als Begründung für die Geltendmachung von KAE, genügt dieser Hinweis auf die Pandemie mit der schrittweisen Lockerung nicht mehr. In der Weisung Nr. 2020/08 v. 1. Juni 2020 (S. 5 f.) wurde entsprechend festgehalten, dass mit der schrittweisen Lockerung für die betroffenen Betriebe in den meisten Fällen die behördliche Massnahme als Begründung entfällt. Der Betrieb müsse also grundsätzlich wiederaufgenommen werden, sobald es erlaubt sei. Diese Voraussetzung sei Ausdruck der Schadenminderungspflicht.

Das Seco selbst umschreibt fünf Konstellationen, bei denen ein Anspruch auf KAE weiterhin bestehen kann (soweit das Seco explizit - auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind; vgl. Weisung 2021/01 Ziff. 2.5):

1. Ein Betrieb kann aufgrund der geltenden Massnahmen zum Gesundheitsschutz nur einen Teil der Arbeitnehmenden beschäftigen, weshalb für die nicht oder teilweise beschäftigten Personen ein anrechenbarer Arbeitsausfall wegen behördlicher Massnahmen (Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 AVIV) besteht.
2. Ein Betrieb kann aus wirtschaftlichen Gründen nur einen Teil der Arbeitnehmenden beschäftigen. Oder es gelingt ihm nicht, die für eine vollständige Wiederaufnahme/Weiterführung seiner Tätigkeit notwendigen Produkte zu beschaffen und er kann deshalb nur einen Teil der Arbeitskräfte beschäftigen. Der anrechenbare Arbeitsausfall ist auf die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie zurückzuführen.
3. Ein Betrieb muss geschlossen bleiben, wenn er die verlangten Verhaltens- und Hygienemassnahmen unmöglich umsetzen kann oder wenn der Verlust bei Wiedereröffnung/Weiterführung grösser als bei vorübergehender Schliessung wäre. Ist es objektiv unmöglich, die notwendigen Verhaltens- und Hygienemassnahmen umzusetzen, muss die Arbeit eingestellt werden. Der Betrieb muss plausibel darlegen, dass der Verlust bei Wiedereröffnung/Weiterführung grösser ist als bei der vorübergehenden Schliessung.
4. Ein Betrieb muss geschlossen bleiben als indirekte Folge von behördlichen Massnahmen. Z.B. kann ein Restaurant nicht öffnen, da es nur über ein touristisches Transportunternehmen erreicht werden kann, das noch einem Betriebsverbot unterliegt. Um einen Anspruch auf KAE geltend zu machen muss der Arbeitgeber diese indirekte Folge nachweisen.

Denn Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, sind anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (Art. 51 Abs. 1 AVIV).

5. Ein Betrieb hat behördliche Auflagen zu erfüllen, die einen wirtschaftlichen Betrieb verunmöglichen, z.B. Beschränkung der Öffnungszeiten bis max. 19 Uhr für ein Restaurant, das den Grossteil der Umsätze abends erzielt. Der Betrieb muss plausibel darlegen, dass der Verlust bei teilweiser Weiterführung grösser ist als bei der vorübergehenden Schliessung. Ist dies der Fall und damit das Risiko von Entlassungen oder einer definitiven Schliessung erhöht, so besteht ebenso Anspruch auf KAE.

**3.2.3** Zudem gelten die allgemeinen Voraussetzungen zur KAE weiterhin. Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender Arbeitsausfall gilt etwa dann nicht als anrechenbar, 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 (vgl. Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG, AIVG-Praxis KAE, D1). Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (vgl. Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG; AVIG-Praxis, D7). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der KAE ausschliessen (vgl. BGE 121 V 374 Erw. 2a mit Hinweisen). Zwischen den Ausschlussgründen der Branchen-, Berufs- und Betriebsüblichkeit und demjenigen des normalen Betriebsrisikos (vgl. AVIG-Praxis KAE, D2 ff.) besteht ein enger Bezug, weshalb oftmals eine Differenzierung nicht möglich und auch nicht nötig ist (vgl. AVIG-Praxis KAE, D7 ff.).

Die erforderliche Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls aufgrund wirtschaftlicher Gründe statuiert die 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 (vgl. Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Aufl., S. 2410 f. mit Hinweis auf Pra 77 Nr. 26).

**4.** Betrachtet man die vom Seco für den KAE-Anspruch anerkannten Konstellationen, so kann für den vorliegenden Fall was folgt festgehalten werden:

**4.1** Für die Beschwerdeführerin bestanden keine direkten Massnahmen zum Gesundheitsschutz, aufgrund welcher nur ein Teil der Arbeitnehmenden hätte beschäftigt werden können. Die Beschwerdeführerin hatte diesbezüglich lediglich ein Schutzkonzept betreffend Hygiene und Abstand für ihr Ladengeschäft zu erarbeiten (vgl. Art. 4 und Anhang der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 19.6.2020 [Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26], Stand 1.10.2020). Die Beschwerdeführerin selbst macht denn auch nicht geltend, Kurzarbeit sei direkte Folge von durch sie einzuhaltende Massnahmen.

**4.2** Für die Beschwerdeführerin waren die von ihr verlangten Verhaltens- und Hygienemassnahmen (wie u.a. Abstand halten und Maskenpflicht; vgl. <https://www.bag.admin.ch>, besucht am 29.4.2021) problemlos umsetzbar, weshalb ihr auch bezüglich der dritten Fallkonstellation des Secos kein Anspruch auf KAE zusteht.

**4.3** Zu Recht werden von der Beschwerdeführerin keine behördlichen Auflagen vorgebracht, welche sie zu erfüllen gehabt und den wirtschaftlichen Betrieb ihres Ladengeschäfts verunmöglicht hätten, da in casu in den fraglichen Monaten gar keine solche behördlichen Auflagen für die Beschwerdeführerin bestanden haben. Auch die fünfte Konstellation des Secos kommt in casu nicht zur Anwendung.

**4.4.1** Die Beschwerdeführerin macht sodann zum einen wirtschaftliche Gründe aufgrund der Covid-19-Pandemie geltend, aufgrund welcher sie im Ladengeschäft nur einen Teil der Arbeitnehmenden habe beschäftigen können. Zum andern bringt sie vor, aufgrund behördlicher Massnahmen im In- und Ausland sei der Zulauf von Touristen in C.\_\_\_\_\_ eingebrochen, weshalb sie die Ladenöffnungszeiten reduziert habe, da es keinen Sinn gemacht habe, das Personal gelangweilt im Laden stehen zu lassen, wenn erfahrungsgemäss kein einziger Kunde zu erwarten sei.

**4.4.2** Gemäss Vorinstanz kann dies nicht anerkannt werden, weil zum einen ein Umsatzrückgang kein Grund für KAE darstelle und zum andern der Rückgang auch durch die Kürzung der Ladenöffnungszeiten begründet sei resp. die Nichtbeschäftigung des Personals nicht auf wirtschaftliche Gründe, sondern auf die früheren Ladenschlusszeiten zurückzuführen sei. Damit habe die Beschwerdeführerin nicht alles Zumutbare unternommen, um die Kurzarbeit zu verhindern.

**4.5.1** Umsatzeinbussen oder auch eine ungenügende Nachfrage sind nicht gleichzustellen mit Arbeitsausfallstunden und stellen für sich alleine keine Grundlage für die Ausrichtung von KAE dar (vgl. VGE II 2020 108 v. 1.2.2021 Erw. 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 realistischere Weise nicht gerechtfertigt hätten, besteht ein Anspruch auf KAE (VGE II 2020 108 v. 1.2.2021 Erw. 3.5). Im zitierten Entscheid hat das Gericht auch festgehalten (Erw. 3.5.3), dass ein Anspruch auf KAE nicht per se ausgeschlossen ist, wenn ein Betrieb zwar wiedereröffnet worden ist, jedoch zu reduzierten Öffnungszeiten. Dies müsse nicht in jedem Fall einen Verstoss gegen die Schadenminderungspflicht darstellen. Die Reduktion der Öffnungszeiten müsse aber überwiegend wahrscheinlich auf die Covid-19-Pandemie zurückzuführen sein und es müsse plausibel sein, dass ein Betrieb während den gekürzten Stunden realistischere Weise nicht wirtschaftlich geführt werden könne.

**4.5.2** In der Weisung des Seco "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" (neueste Version Nr. 2021/07 v. 20.4.2021) wird auch auf die Situation von neu gegründeten Betrieben Bezug genommen (S. 10). Da die Beschwerdeführerin den Betrieb in C. \_\_\_\_\_ am 1. Dezember 2019 eröffnete, gilt es, auch dies zu berücksichtigen. Das Seco führt diesbezüglich aus, für neugegründete Betriebe könne eine Pandemie ebenfalls nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 2 lit. a AVIG betrachtet werden. Demnach seien Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, welche auf die Pandemie zurückzuführen seien, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar, obschon das Unternehmen sich in der Anlaufphase befinde. Die in der AVIG-Praxis KAE des Seco Erw. D4 aufgestellte Regel, wonach bei neu gegründeten Betrieben ein Auftragsmangel während der Anlaufphase, d.h. während ca. 2 Jahren durchaus üblich sei, weshalb die Arbeitsausfälle zum normalen Betriebsrisiko zu zählen seien, sei nicht anzuwenden. Anders wäre der Sachverhalt eines Betriebes zu beurteilen, welcher während der Pandemie (ab 16.03.2020) neu gegründet werde, um im Sinne eines Rechtsmissbrauchs direkt wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle geltend zu machen, ohne vorgängig je einer Geschäftstätigkeit nachgegangen zu sein.

Allerdings ist auch in Bezug auf neu gegründete Betriebe zu beachten, dass der im Betrieb zu erwartende (oder angefallene) Arbeitsausfall auf die Pandemie zurückzuführen ist. Der Arbeitsausfall muss somit in jedem Fall in einem adäquaten Kausalzusammenhang mit dem Auftreten des Virus stehen.

**4.6** Letztlich muss ein Arbeitgeber plausibel nachweisen können, dass der geltend gemachte Arbeitsausfall in adäquatem Kausalzusammenhang zur Corona-Pandemie steht, wobei auch hier das - im Sozialversicherungsrecht allgemein geltende - Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt. Dies vorausgeschickt, gilt es im vorliegenden Fall folgende Fakten zu berücksichtigen:

**4.6.1** Die Beschwerdeführerin legt wohl Umsatzzahlen und Arbeitszeiten vor. Zum einen aber kann mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass keine Vergleichszahlen vorliegen und diese Umsatzzahlen auf den durch die Beschwerdeführerin gekürzten Öffnungszeiten basieren. Welcher Umsatz bei ordentlichen Öffnungszeiten möglich gewesen wäre, kann daher gar nicht eruiert werden. Kommt hinzu, dass die Zwischensaison in den fraglichen Zeitraum fällt und unklar ist, wie die Beschwerdeführerin das Personal in einem ordentlichen Jahr beschäftigt hätte. Da es sich um das erste Geschäftsjahr handelt, bestehen auch hierzu keine Angaben. Führt die Zwischensaison zu Ausfallstunden, weil etwa - wie sie selbst antönt - ohnehin reduziert gearbeitet wird, kann es nicht angehen, für diese Zeit KAE zu beanspruchen, da kein Bezug zur Covid-Pandemie besteht. Soweit die Beschwerdeführerin auf das Vorgängergeschäft der L.\_\_\_\_\_ des Geschäftsführers verweist, so liegen auch hierzu keine Zahlen vor. Zudem war das Geschäft seit 2017 geschlossen. Ob die alten Zahlen vor diesem Hintergrund noch vergleichbar wären, erscheint fraglich, da sich der Einkaufstourismus so oder anders gewandelt hat (vgl. auch nachfolgend).

**4.6.2** Andererseits vermag auch die Vorinstanz nicht vollends überzeugend aufzuzeigen, dass die gekürzten Ladenöffnungszeiten nicht - wie von der Beschwerdeführerin dargelegt - dem Fehlen der Touristen geschuldet waren. Wenn C.\_\_\_\_\_ tatsächlich coronabedingt von viel weniger Einkaufstouristen aufgesucht wird, so sind nämlich kürzere Öffnungszeiten nachvollziehbar und die KAE könnte nicht mit Verweis auf die Schadenminderungspflicht verweigert werden.

**4.6.3** Neben den von den Parteien vorgebrachten Argumenten kann den öffentlich zugänglichen Informationen zusätzlich was folgt entnommen werden:

Gemäss den detaillierten Ergebnissen der Konjunkturumfragen vom Oktober 2020 der Konjunkturforschungsstelle (KOF) der ETHZ übertraf der Geschäftslageindikator für den Detailhandel bereits im Sommer 2020 das Vorkrisenniveau. Im Detailhandel sei die Geschäftslage weiterhin günstig und die Umsätze dürften auch in der nächsten Zeit steigen (vgl. [www.kof.ethz.ch](http://www.kof.ethz.ch); Detailergebnisse Konjunkturumfragen 2020 4. Quartal, besucht am 3.5.2021). Auch gemäss den aktuellen Daten und Indikatoren (Covid-19) der KOF stiegen die Schweizer Detailhandelsumsätze im Oktober 2020 im Vorjahresvergleich um 3% (vgl.

www.kof.ethz.ch; Corona-Indikatoren; Detailhandel; besucht am 3.5.2021). Allerdings gilt es zu beachten, dass die Beschwerdeführerin wohl im Detailhandel tätig ist, dies indes in einem sehr speziellen Segment, das auf Einkaufstourismus ausgerichtet ist.

Die Tourismusorganisation für C.\_\_\_\_\_ publiziert eine Logiernächtestatistik (www.C.\_\_\_\_\_.ch; Serviceseite; besucht am 21.5.2021). Der Statistik Sommersaison 2020 von Mai bis Oktober 2020 kann entnommen werden, dass es ein sehr guter Sommer war. Im September und Oktober wurden 58.2% resp. 94.9% mehr Übernachtungen als im Vorjahr gezählt. Auch im 8-Jahresvergleich handelte es sich bei den Logiernächten um einen sehr guten Sommer. Das darauffolgende Winterhalbjahr hingegen war schlechter. Im November und Dezember 2020 wurden im Vergleich zum Vorjahr 6.3% resp. 31.3% weniger Übernachtungen gezählt (im November allerdings auf ohnehin tiefem Niveau, da auch im Vorjahr - zwischensaisonbedingt nur 3'512 Übernachtungen gezählt wurden). Von den Logiergästepzahlen her kann somit gesagt werden, dass der Oktober besser war, der November vergleichbar und der Dezember schlechter.

Dem Publikationsorgan 'P.\_\_\_\_\_ (Q.\_\_\_\_\_) kann entnommen werden, dass der Monat November klassische Zwischensaison war. Von ganz wenigen Hotels abgesehen waren alle bis mindestens 26. November 2020 geschlossen. Das Nämliche gilt ebenso für das R.\_\_\_\_\_ (vgl. www.P.\_\_\_\_\_.online; Zwischensaison; besucht am 21.5.2021). Dies widerspiegelt sich auch in den Übernachtungszahlen, die im November sowohl 2019 als auch 2020 tief waren. Diese Zwischensaison ist covid-unabhängig. Soweit sich in dieser Zeit wenig Touristen (Feriengäste und Tagestouristen) in C.\_\_\_\_\_ aufhielten und die Umsätze aus diesem Grund tief waren, so kann dies nicht auf die Corona-Pandemie zurückgeführt werden. Bei einem saisonbedingten Arbeitsausfall besteht kein Anspruch auf KAE (vgl. EVG C 283/01 vom 8.10.2003).

Anhaltspunkte lassen sich auch den publizierten Protokollen des Gemeindevorstandes und Gemeinderates von C.\_\_\_\_\_ entnehmen (vgl. www.C.\_\_\_\_\_.ch; besucht am 25.5.2021). In der Fragerunde des Gemeinderates vom 29. April 2021 erkundigte sich ein Mitglied nach der Bettenauslastung im Winter 2020/2021. Gemäss Antwort entsprach der Winter in etwa dem Vorjahr, das im März 2020 abrupt endete. Grundsätzlich müssten in allen Bereichen grosse Einbussen verzeichnet werden, auch bei der Bergbahn und dem Einkaufstourismus. C.\_\_\_\_\_ kennt sodann eine Sondergewerbsteuer auf dem Handel mit Waren (vgl. Handelssteuergesetz vom 13.12.2015). Gemäss protokollierter Auskunft sind die Sondergewerbesteuereinnahmen im Jahr 2020 gegenüber dem Vorjahr um rund Fr. 920'000.-- eingebrochen (d.h. um rund 14% bei ei-

nem Ertrag 2019 von Fr. 6'250'123.52). Der Beratung des Budgets 2021 (Gemeinderatssitzung vom 19.11.2020) kann hierzu entnommen werden, dass C.\_\_\_\_\_ im Bereich des Einkaufstourismus namentlich im Winter stark von der Belegung in S.\_\_\_\_\_ abhängig sei. Konkret wurde festgehalten, dass einerseits aufgrund des allgemeinen Rückganges beim Einkaufstourismus und andererseits coronabedingt im Jahr 2021 mit einem Rückgang von 10% im Vergleich zur Rechnung 2019 gerechnet wurde. Vermerkt wird dabei auch, dass der Zollfreihandel bereits seit längerem einen allgemeinen Rückgang verzeichne, was etwa auf den Onlinehandel zurückzuführen sei. In der Botschaft zum Budget 2021 an die Stimmberechtigten hielt der Gemeinderat fest, die Sommersaison 2020 sei erfreulich gewesen, die Lage in den Herbstmonaten habe sich wieder etwas verschärft. Der Gemeinderat ging von einem guten Ferientourismus mit Schweizergästen ohne grosse Einbussen aus. Anders schätzte er die Lage beim Einkaufstourismus ein, wo C.\_\_\_\_\_ stärker auch von ausländischen Gästen und einem freien Reiseverkehr abhängig sei sowie insbesondere von Gästen aus S.\_\_\_\_\_, welche in C.\_\_\_\_\_ einkaufen und einkehren würden. Im Bereich Duty free sei bereits seit mehreren Jahren ein Rückgang feststellbar.

Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass für die Zeit nach der Zwischensaison erschwerend hinzukam, dass der Kanton T.\_\_\_\_\_ ab dem 4. Dezember 2020 infolge gestiegener Fallzahlen die Restaurationsbetriebe, auch jene in den Ski-gebieten, bis und mit 17. Dezember 2020 schloss (vgl. Amtsblatt T.\_\_\_\_\_ vom 4.12.2002).

**4.6.4** Aus diesen öffentlich zugänglichen Informationen erhellt, dass die Corona-Pandemie für das Gewerbe in C.\_\_\_\_\_ zweifellos nicht folgenlos blieb. Die Beherbergungszahlen stiegen für die gesamte Sommersaison (bis und mit Oktober 2020) erheblich an, dies aber mit einem veränderten Gästemix (mehr Schweizer, weniger Ausländer). Unbekannt sind die Zahlen der Tagestouristen während der Sommersaison. Bekannt jedoch ist, dass der Umsatz des Einkaufstourismus unter jenem des Vorjahres 2019 lag (rund 14%). Auch wenn dies durchaus der Tendenz der vergangenen Jahre entspricht, so hatte die Corona-Pandemie offenkundig einen zusätzlichen Einfluss gehabt. Der Einkaufstourismus lebt - gemäss Bericht der Gemeinde - wesentlich von Tagestouristen aus dem D.\_\_\_\_\_. Dieser Markt ist aber aufgrund der ausländischen Coronamassnahmen weitestgehend eingebrochen. Dies bestätigt teilweise die Darstellung der Beschwerdeführerin. Da die Zahlen des Einkaufstourismus trotz der guten Logiernächtezahlen einbrach, ist zudem anzunehmen, dass er namentlich von Tagestouristen und nicht den Feriengästen lebt, wäre er doch sonst bei den sehr guten Beherbergungszahlen nicht eingebrochen. Andererseits steht fest, dass

insbesondere der Monat November klassische Zwischensaison ist und dies nicht nur in C.\_\_\_\_\_, sondern der ganzen Region. Es fehlen in dieser Zeit saisonbedingt Feriengäste und Tagestouristen. Der Einbruch hat hier nichts mit der Corona-Pandemie zu tun. Entsprechend führte die Beschwerdeführerin selber aus, in der Zwischensaison wohl nur an den Wochenenden sowie wetterbedingt gut frequentierten Werktagen geöffnet zu haben, und dass sie die Angestellten informiert habe, sie sollten für die Zwischensaison einen Zwischenverdienst suchen. Nach der Zwischensaison, zu Beginn der Wintersaison kam noch erschwerend hinzu, dass der T.\_\_\_\_\_ die Restaurationsbetriebe bis 17. Dezember 2020 schloss, was sich zusätzlich negativ auf den Tagestourismus ausgewirkt haben dürfte.

**4.7** Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung erachtet es das Gericht daher als teilweise erwiesen, dass die Beschwerdeführerin ihre Öffnungszeiten coronabedingt reduzierte, da der Betrieb während der geschlossenen Zeit aufgrund der coronabedingt fehlenden Einkaufstouristen realistischerweise nicht wirtschaftlich hätte geführt werden können (vgl. oben Erw. 4.5.1). Plausibel erscheint dieser Zusammenhang zwischen der Corona-Pandemie als Ursache und dem Arbeitsausfall indes nur für die Monate Oktober und Dezember 2020. Während dieser beiden Monate ist der Arbeitsausfall anrechenbar, da er auf wirtschaftliche Gründe im Zusammenhang mit Covid-19 zurückzuführen und unvermeidbar war. Der Einbruch im November 2020 ist hingegen überwiegend wahrscheinlich der Zwischensaison geschuldet; für diesen saisonalen Arbeitsausfall ist die Corona-Pandemie nicht adäquat kausal.

**5.** Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde damit als teilweise berechtigt, indem der Einspruch der Vorinstanz für die Monate Oktober und Dezember 2020 aufgehoben, für den Monat November 2020 jedoch bestätigt wird.

**6.1** Es werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 61 lit. <sup>fbis</sup> ATSG).

**6.2** Dem teilweisen Obsiegen entsprechend hat die Beschwerdeführerin mit gewerbsmässiger Vertretung Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG). 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. 1'000.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festzusetzen.

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid Nr. 286/2020 vom 8. Februar 2021 insoweit geändert, als der Einspruch der Vorinstanz gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Oktober und Dezember 2020 aufgehoben wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Vorinstanz hat der gewerbsmässig vertretenen Beschwerdeführerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zu leisten.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde\* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).  
Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde\* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).
5. Zustellung an:
  - den Vertreter der Beschwerdeführerin (2/R)
  - die Vorinstanz (EB)
  - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 16. Juni 2021

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Die a.o. Gerichtsschreiberin:

### **\*Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

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

Versand: 23. Juni 2021