

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2021 47

Entscheid vom 13. Juli 2021

Besetzung

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

Parteien

A._____ **GmbH**,
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._____ GmbH reichte am 2. November 2020 die Voranmeldung von Kurzarbeit aufgrund von behördlichen Massnahmen infolge Pandemie Covid-19 ein für die Monate November und Dezember 2020. Eingeführt werde Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb wegen der aktuellen Corona-Massnahmen. Man habe die Öffnungszeiten anpassen und Teilschliessungen vornehmen müssen (Vi-act. 1).

Nachdem das Amt für Arbeit mit Schreiben vom 13. November 2020 zusätzliche Informationen und Unterlagen wünschte (Vi-act. 2) und die A._____ GmbH diese am 16. November 2020 einreichte (Vi-act. 3), verfügte das Amt für Arbeit am 27. November 2020, sechs der Angestellten, die bei Gesuchseinreichung nicht länger als sechs Monate unbefristet angestellt gewesen seien, hätten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (KAE), die weiteren sechs Mitarbeiterinnen seien anspruchsberechtigt (Vi-act. 4).

B. Am 3. Dezember 2020 (gemäss Vi-act. 6 am Tag davor verfügt und versandt) verfügte das Amt für Arbeit den Widerruf der Verfügung vom 27. November 2020. Es erhob neu gegen die Auszahlung von KAE Einspruch (Vi-act. 7). Die A._____ GmbH habe am 1. Dezember 2020 mitgeteilt, die Öffnungszeiten der Bar reduziert zu haben. Damit komme sie ihrer Schadenminderungspflicht nicht nach, weshalb der Anspruch auf KAE ab dem 16. November 2020 abgelehnt werde.

C. Gegen die Einspruch-Verfügung erhob die A._____ GmbH am 23. Dezember 2020 Einsprache (Vi-act. 8 bis 10), welche das Amt für Arbeit mit Einspracheentscheid Nr. 329/20 vom 11. März 2021 abwies (Vi-act. 12).

D. Am 26. April 2021 lässt die A._____ GmbH beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht (unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes gemäss Art. 38 Abs. 4 lit. a Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1] vom 6.10.2000) Beschwerde erheben mit den Anträgen:

1. Es sei der Einspracheentscheid vom 11. März 2021 aufzuheben und der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung anzuerkennen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Vernehmlassung vom 3. Mai 2021 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Mit Replik vom 20. Mai 2021 bestätigt die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren.

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, 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 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 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.).

2.1 Mit Verfügung vom 27. November 2020 wurde der Beschwerdeführerin KAE grundsätzlich in Aussicht gestellt, allerdings nur für Personal, das bei Gesuchseinreichung schon länger als sechs Monate unbefristet angestellt war (Vi-act. 4).

2.2 Gestützt auf diese Verfügung erfolgte am 1. Dezember 2020 eine telefonische und anschliessend elektronische Kontaktnahme zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz (Vi-act. 5). Die dabei ausgetauschten Informationen sowie die schriftlichen Ausführungen der Beschwerdeführerin vom 16. November 2020 (Vi-act. 3) brachten die Vorinstanz dazu, die Verfügung vom 27. November 2020 zu widerrufen und neu Einspruch gegen den Anspruch auf KAE ab dem 16. November 2020 zu erheben. Die Beschwerdeführerin habe die Öffnungszeiten der Bar verkürzt. Neu sei von Montag bis Donnerstag geschlossen, geöffnet sei am Freitag von 17 bis 23 Uhr, am Samstag von 07.30 bis 23 Uhr sowie sonntags von 07.30 bis 20 Uhr. Begründet werde dies derart, dass mit den Tagesumsätzen nicht einmal die Stunden der Mitarbeitenden bezahlt werden könnten. Mit dieser Schliessung der Bar während viereinhalb Tagen die Woche komme die Beschwerdeführerin ihrer Schadenminderungspflicht nicht nach; sie könne nicht nachweisen, alle ihr zumutbaren Vorkehrungen getroffen zu haben, um den der Arbeitslosenversicherung entstehenden Schaden zu vermeiden oder zu mindern (Vi-act. 7).

2.3 In der Einsprache vom 23. Dezember 2020 betont die Beschwerdeführerin, die Ausfallstunden seien wirtschaftlich begründet, unvermeidbar und somit anrechenbar, weshalb ein Anspruch auf KAE bestehe. Die behördlichen Covid-Massnahmen hätten zu einem deutlichen Gästerückgang geführt. Die Mitarbeitenden hätten deswegen schon bei Normalbetrieb nicht mehr voll beschäftigt werden können. Da die Zahlen noch rückläufig seien, sei eine Reduktion der Öffnungszeiten aus wirtschaftlichen Gründen angezeigt gewesen. Man habe bereits in der Stellungnahme vom 16. November 2020 aufgezeigt, dass man ohne Reduktion der Öffnungszeiten nicht mehr kostendeckend habe wirtschaften können. So habe man die Tische reduzieren müssen und pro Tisch seien max. 4 Personen zugelassen, weswegen es sein könne, dass das Restaurant mit 8 bis 10 Personen bereits voll sei. Präzisierend sei zu ergänzen, dass zur Aufrechterhaltung des Betriebs pro Tag zwei Schichten abzudecken seien und pro Schicht eine Mitarbeitende eingesetzt werden müsse, selbst wenn keine Gäste kämen. Daraus resultierten monatliche Umsatzeinbussen (sic) bei Minimalbetrieb von Fr. 8'829.-- oder

Fr. 294.30 pro Tag. Mit der Reduktion der Öffnungszeiten habe man die mildeste Massnahme getroffen, um den Gastrobetrieb während der verbleibenden Stunden wirtschaftlich betreiben zu können. Gewählt worden seien Öffnungszeiten, in denen mutmasslich kostendeckend gearbeitet werden könne. Genau dies - und nicht mehr - verlange die sozialversicherungsrechtliche Schadenminderungspflicht. Nicht verlangt sei hingegen, dass sich die Beschwerdeführerin durch wirtschaftlich unsinnige Öffnungszeiten selbst schädige. Zusätzlich bezeichnete die Beschwerdeführerin in der Einsprache die Beurteilung der Arbeitsverträge durch die Vorinstanz in der Verfügung vom 27. November 2020 als fehlerhaft (Vi-act. 8 - 10).

2.4 Im Einspracheentscheid vom 11. März 2021 bekräftigt die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin sei durch die Reduktion der Öffnungszeiten ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen und habe eine verringerte Beschäftigung der Mitarbeitenden in Kauf genommen. KAE werde nicht für Umsatzeinbussen entrichtet.

Die Beschwerdeführerin argumentiere, durch den Einsatz der Mitarbeitenden bei Minimalbetrieb würden Umsatzeinbussen von Fr. 8'829.-- (pro Tag Fr. 294.30) entstehen. Bei den variablen Kosten eines Gastrobetriebes sei es indes nicht nachvollziehbar, in welchen Bereichen durch die Einschränkung der Öffnungszeiten massgebende Kosten eingespart werden könnten. Auch bei den Fixkosten, z.B. die Geschäftsmiete, könnten keine Kosteneinsparungen erzielt werden. Einzig wenn die mögliche KAE als Ertrag mit einkalkuliert werde, würden sich mögliche Einsparungen bei den Personalkosten ergeben. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass der Grossteil des Arbeitsausfalls somit aufgrund der bewussten Entscheidung entstanden sei, dass der zu erzielende Gewinn während den geschlossenen Zeiten die Personalkosten nicht abzudecken vermöge und es betriebswirtschaftlich attraktiver sei, die Öffnungszeiten einzuschränken und KAE geltend zu machen. Allerdings sei darauf hinzuweisen, dass KAE nicht für Umsatzeinbussen geleistet werde. KAE übernehme einen Teil der Lohnkosten derjenigen Mitarbeitenden, welche nicht mehr im vertraglich vorgesehenen Masse beschäftigt werden konnten. Insofern ziele auch die Schadenminderungspflicht darauf ab, dass ein Betrieb alles unternehmen müsse, um seine Mitarbeitenden weiterhin beschäftigen zu können. Wenn die Beschwerdeführerin die Öffnungszeiten einschränke, so sei die Beschäftigung grundsätzlich nicht möglich, weswegen der Anspruch auf KAE auch abgelehnt worden sei. Der Schadenminderungspflicht entsprechend wäre es zumutbar gewesen, die Öffnungszeiten von vor COVID-19, auf welche die Personalplanung auch ausgelegt sei, auch ab November 2020 beizubehalten. Der Arbeitsausfall hätte sich gegebenenfalls daraus

ergeben, dass aufgrund der ausbleibenden Kundschaft weniger Mitarbeitende gleichzeitig hätten eingesetzt werden müssen. Dieser Arbeitsausfall könne jedoch nicht mehr bestimmt werden, wenn das Lokal zusätzlich an fünf Tagen pro Woche schliesse. Zudem sei unklar, wie sich die Kundinnen und Kunden ab November 2020 verhalten hätten. Die Aussage, der Betrieb hätte ab November 2020 nicht mehr kostendeckend betrieben werden können, sei aufgrund der Kostenstruktur bei einem gastronomischen Betrieb lediglich eine Vermutung.

Soweit die Beschwerdeführerin auch eine falsche Beurteilung der Arbeitsverträge monierte, ging die Vorinstanz nicht weiter darauf ein, da dies die widerrufenen Verfügung vom 27. November 2020 betreffe und somit nicht mehr Gegenstand bilden könne.

2.5 Vor Verwaltungsgericht bestätigt die Beschwerdeführerin, die Öffnungszeiten massiv eingeschränkt zu haben. Zu betonen sei aber, dass die behördlichen Covid-Massnahmen zu einem deutlichen Gästerückgang geführt hätten, weshalb die Mitarbeitenden im Normalbetrieb nicht mehr voll hätten beschäftigt werden können. Die Reduktion der Öffnungszeiten sei aus wirtschaftlichen Gründen angezeigt gewesen. Der Betrieb müsse unter den normalen Öffnungszeiten von Montag bis Freitag jeweils zwei Schichten pro Tag abdecken. Pro Schicht arbeite eine einzige Person. Hätte sie die Bar normal geöffnet und wegen zu wenig Kundschaft das Personal pro Schicht reduziert, hätte dies zu einer faktischen Schliessung geführt, da ohnehin nur eine Person pro Schicht arbeite. Bei Minimalbetrieb und normalen Öffnungszeiten hätte eine monatliche Umsatzeinbusse von Fr. 8'829.-- resultiert. Daher habe man mit der Einschränkung der Öffnungszeiten die mildeste Massnahme gewählt, um Kündigungen und Entlassungen zu verhindern und kostendeckend wirtschaften zu können. Gewählt habe man Öffnungszeiten, in welchen mutmasslich kostendeckend gearbeitet werden könne. Es könne nicht verlangt werden, dass die Beschwerdeführerin für den Erhalt von Arbeitsplätzen durch wirtschaftlich sinnlose Öffnungszeiten ein Verlustgeschäft erleide und sich dadurch selbst schädige. Eine Ausweitung des Begriffs der 'Unvermeidbarkeit', der Schadenminderungspflicht über diesen Zweck hinaus widerspreche dem Gesetz und sei somit rechtswidrig. KAE könne nur verweigert werden, wenn hinreichend konkrete Gründe dafür sprächen, dass der Arbeitsausfall vermeidbar gewesen wäre und die geeigneten Massnahmen, die der Arbeitgeber unterlassen habe, genannt werden könnten. Vorliegend sei es der Beschwerdeführerin nicht zumutbar gewesen, den Betrieb unter den normalen Öffnungszeiten weiterzuführen und kostendeckend zu wirtschaften. Es könne nicht angehen, dass die Umsetzung behördlicher Massnahmen zu einem Verlustgeschäft führen

würde. Sie habe alles Zumutbare unternommen, um der Schadenminderungspflicht nachzukommen.

2.6 Die Vorinstanz verweist vernehmlassend auf den Einspracheentscheid und ergänzt, gemäss Stellungnahme vom 16. November 2020 habe die Beschwerdeführerin die Öffnungszeiten eingeschränkt, weil der Normalbetrieb wegen den behördlichen Massnahmen betriebswirtschaftlich nicht rentiere. Die umliegenden Gastrobetriebe seien demgegenüber zu diesem Zeitpunkt geöffnet gewesen. Es sei erklärungsbedürftig, weshalb heute, da nur Terrassenbetrieb erlaubt sei, also grundsätzlich gleich viele oder weniger Sitzplätze wie im November 2020 zur Verfügung standen, der Betrieb wieder geöffnet sei. Die Beschwerde sei daher abzuweisen.

3.1 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 (vgl. Weisung Nr. 2020/10 des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO] vom 22.7.2020). Demnach sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AIVG anrechenbar. Soweit zu Beginn der Pandemie der schlichte Hinweis auf diese als Begründung für KAE ausreichend war, muss der Arbeitgeber neu 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).

3.2 Gemäss der SECO-Weisung "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 (vgl. Weisung 2021/07 vom 20.4.2021). 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.

3.3 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 vom 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 nicht gerechtfertigt hätten, besteht ein Anspruch auf KAE (VGE II 2020 108 vom 1.2.2021 Erw. 3.5). Im zitierten Entscheid hat das Gericht auch festgehalten (Erw. 3.5.3), dass ein Anspruch auf KAE nicht per se ausgeschlossen ist, wenn ein Betrieb zwar wiedereröffnet worden ist, jedoch zu reduzierten Öffnungszeiten. Dies müsse nicht in jedem Fall einen Verstoss gegen die Schadenminderungspflicht darstellen. Die Reduktion der Öffnungszeiten müsse aber überwiegend wahrscheinlich auf die Covid-19-Pandemie zurückzuführen sein und es müsse plausibel sein, dass ein Betrieb während den gekürzten Stunden realistischere nicht wirtschaftlich geführt werden könne. Dies entspricht so auch der Weisung des Seco, wonach ein Anspruch auf KAE bestehen kann, wenn ein Betrieb geschlossen bleibt, wenn der Verlust bei Betriebsführung grösser als bei vorübergehender Schliessung wäre und er dies plausibel darlegen kann (Weisung 2021/07 vom 20.4.2021 S. 15).

4.1 Die Beschwerdeführerin führt das Bistro C. _____ in D. _____. Die normalen Öffnungszeiten (gemäss Homepage www.____.ch; eingesehen 23.6.21) sind Montag bis Donnerstag 06.30 bis 21 Uhr; Freitag 06.30 bis 23 Uhr, Samstag 07 bis 23 Uhr und Sonntag 07 bis 20 Uhr (total 105 ½ h/Woche), wobei eine kurzfristige Anpassung der Öffnungszeiten wetterbedingt vorbehalten bleibe. Gemäss Stellungnahme vom 16. November 2020 (Vi-act. 3) öffnete die Bar im Normalbetrieb täglich um 07.30 Uhr und schloss Mo/So um 22 Uhr, Di/Mi/Do um 23 Uhr und Fr/Sa um 24 Uhr (total 118.5 h/Woche).

Gemäss Personalliste vom 20. November 2020 sind 15 Personen beschäftigt mit Pensen zwischen 'Arbeit auf Abruf' und 100%, wobei das Gros in Teilzeit arbeitet (Vi-act. 10 Beilage 6). In den Monaten Januar bis Oktober 2020 wurde monatlich Lohn abgerechnet für Arbeitszeiten zwischen 617.75 h (Sept.) und 1108.45 h (Juni), im Schnitt von Januar bis und mit Oktober rund 790 h/Mt (vgl. Vi-act. 10 Beilage 8). Der Lohnrekapitulation kann sodann entnommen werden, dass in derselben Zeit Bruttolohnkosten von Fr. 180'067.85 anfielen, d.h. im Schnitt Fr. 22.80/h.

Mit der Einsprache wurden die Umsatzzahlen für Oktober 2020 eingereicht (Vi-act. 9 Beilage 4). Darin wird ein durchschnittlicher Tagesumsatz von Fr. 893.55 ausgewiesen. Beigelegt war ebenso eine Aufwandszusammenstellung 2019, worin der Personalaufwand mit Fr. 232'121.-- (Fr. 635.95/Tag) und der weitere

Aufwand mit Fr. 201'448.-- (Fr. 551.95/Tag) ausgewiesen werden, mithin ein durchschnittlicher Totalaufwand pro Tag von Fr. 1'187.85.

Die von der Beschwerdeführerin in den Rechtsschriften geltend gemachte 'Umsatzeinbusse' von Fr. 294.30 im Normalbetrieb ergibt sich somit aus dem für 2019 errechneten durchschnittlichen Totalaufwand pro Tag (Fr. 1'187.85) abzüglich dem im Oktober 2020 erzielten durchschnittlichen Tagesumsatz von Fr. 893.55.

Den Ausführungen in den Rechtsschriften kann schliesslich entnommen werden, dass die täglichen Öffnungen in zwei Schichten organisiert sind und pro Schicht eine Person arbeite (vgl. Vi-act. 10 Beilage 7), wobei aus den monatlich abgerechneten Arbeitszeiten geschlossen werden muss, dass - wohl je nach Gästeauflauf - mehr Personal pro Schicht beschäftigt wird.

4.2 Eine Verletzung der Schadenminderungspflicht wirft die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vor, weil sie ab November die Öffnungszeiten reduziert hat. Ab dem 1. November 2020 blieb das Lokal von Montag bis Freitag geschlossen; Samstag und Sonntag öffnete es um 07.30 Uhr und schloss um 23 Uhr resp. 20 Uhr. Ab 13. November wurde zusätzlich am Freitag von 17 bis 23 Uhr geöffnet (Vi-act. 3).

Wie zuvor ausgeführt, stellt die Reduktion von Öffnungszeiten nicht per se eine Verletzung der Schadenminderungspflicht dar. Es kann dennoch Anspruch auf KAE bestehen, wenn plausibel nachgewiesen wird, dass während der geschlossenen Zeit ein rentabler Betrieb nicht möglich wäre und der Einbruch in adäquatem Kausalzusammenhang zur Covid-19-Pandemie steht.

4.3 Im Oktober 2020 hat die Beschwerdeführerin 693.75 Arbeitsstunden abgerechnet, was (bei Brutto-Brutto-Kosten von rund Fr. 25/h) einem Personalaufwand von rund Fr. 17'400 oder Fr. 561.30/Tag entspricht. Arbeitet pro Schicht eine Person, so beträgt der Personalaufwand bei einem 15h-Tag rund Fr. 375.

Der sonstige Betriebsaufwand betrug 2019 Fr. 551.95/Tag, wovon Fr. 311.05 für Warenaufwand wie Lebensmittel und Getränke. Der Fixaufwand ohne Waren kann somit auf rund Fr. 240/Tag geschätzt werden.

Werden der minimale Personalaufwand (Einpersonenschicht, 15h/Tag) von Fr. 375 und der sonstige Betriebsaufwand ohne Warenaufwand von Fr. 240 addiert, ergibt dies einen täglichen Minimalaufwand von rund Fr. 615.

Den Umsatzzahlen Oktober 2020 kann ein durchschnittlicher Tagesumsatz von rund Fr. 893 entnommen werden. Wird dies auf die Wochentage umgelegt, so zeigt sich, dass an den Tagen Fr/Sa/So im Schnitt ein Umsatz von Fr. 1'134 und

an den Tagen Mo-Do von Fr. 693 erzielt wurde. Auffällig dabei ist, dass die Umsatzzahlen gegen Ende Monat merklich abgenommen haben, namentlich an den Werktagen. Dieser Verlauf entspricht (umgekehrt) den im Oktober 2020 stark angestiegenen Covid-19-Ansteckungen im Kanton und insbesondere der Gemeinde Schwyz (vgl. www.sz.ch; Info Coronavirus; aktuelle Lage & updates).

4.4 Betrachtet man nun diese Daten, so ergibt sich, dass im Oktober 2020 der durchschnittliche tägliche Minimalaufwand (ohne Warenaufwand) mit Fr. 615 auch an den Werktagen, an welchen per November 2020 geschlossen wurde, unter dem durchschnittlichen Umsatz von Fr. 693 lag. Wird allerdings der Warenaufwand (dessen durchschnittliche Tageshöhe nicht bekannt ist) hinzugerechnet, dürfte der durchschnittliche Totalaufwand - wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht - höher gewesen sein als der erzielte Umsatz. Mithin trifft zu, dass die Beschwerdeführerin an Werktagen mit Normalbetrieb Kosten zu tragen hatte, die im Schnitt höher waren als die mit der Gästekonsumation erzielten Einnahmen. Damit aber war jeder Werktag ein Verlustgeschäft. Anders sieht es an den Wochenenden aus, wo weiterhin ein genügender Umsatz erzielt werden konnte.

4.5 Erwiesenermassen stiegen die Covid-19-Ansteckungen im Herbst 2020 allgemein und im Besonderen in D. _____ weiter an. Noch im Oktober 2020 wurden erweiterte Massnahmen beschlossen. So galt ab 19. Oktober 2020 eine Maskenpflicht in Innenräumen; Menschenansammlungen von mehr als 15 Personen wurden verboten, in Restaurants und Bars durfte nur noch sitzend konsumiert werden und es wurde Homeoffice empfohlen (vgl. Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 19.6.2020, Änderungen vom 18.10.2020; SR 818.101.26). Am 28. Oktober 2020 kamen weitere Verschärfungen hinzu, so etwa die Sperrstunde ab 23 Uhr und ein Verbot für sportliche und kulturelle Freizeitaktivitäten mit mehr als 15 Personen sowie eine Verschärfung der Maskenpflicht etwa auch auf Terrassen und in Dorfzentren (vgl. Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 19.6.2020, Änderungen vom 28.10.2020; SR 818.101.26; vgl. auch VGE II 2021 18 vom 16.6.2021 Erw. 5.2). Gemäss der Covid-19-Verordnung besondere Lage 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).

Es ist nachvollziehbar, dass diese behördlichen Massnahmen, zusammen mit dem Aufruf, zu Hause zu bleiben und Menschenansammlungen zu meiden, zu einem weiteren Umsatzeinbruch in der Gastronomie im Allgemeinen und im kleinen Lokal der Beschwerdeführerin im Besonderen führte, mithin die hypothetischen Zahlen ab November 2020 noch schlechter als die vorliegenden Zahlen vom Oktober 2020 ausgesehen hätten, wäre das Lokal geöffnet gewesen. Auf jeden Fall bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Zahlen besser als im Oktober ausgefallen wären und an Werktagen wieder ein positives Tagesergebnis hätte erhofft werden können. Dies wird untermauert durch eine Sicht auf die Gastronomie im Allgemeinen. Denn die Gastgewerbebetriebe insgesamt und auch die Restaurationsbetriebe im Speziellen mussten 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 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 Umsatz-einbruch 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/).

4.6 Kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerin im Normalbetrieb an Werktagen mit Einpersonenschichten arbeitete. Sie konnte damit die Arbeitszeiten der Angestellten nicht kürzen, d.h. Arbeitszeitausfälle hinnehmen, ohne dass auch die Öffnungszeiten reduziert worden wären. Wenn sie somit die Arbeitszeit infolge wirtschaftlicher Lage reduzierte, musste dies zwingend zu eingeschränkten Öffnungszeiten führen. Entgegen der Darstellung der Vorinstanz konnte sie den Betrieb nicht bei reduziertem Personaleinsatz geöffnet halten.

Soweit die Vorinstanz auf andere Restaurationsbetriebe auf dem Platz hinwies, die weiterhin geöffnet hielten, so können die unterschiedlichen Gastrobetriebe nicht verglichen werden. Zum einen weist die Beschwerdeführerin die Besonderheit des Einpersonen-Schichtbetriebs auf, was eine Reduktion ausschliesst. Zum andern handelt es sich um eine Bistro Bar, die insbesondere von Freizeitkund-

schaft lebt. Gerade diese Freizeitaktivitäten wurden aber von den behördlichen Massnahmen stark betroffen, so dass auch das "Einkehren" darunter litt.

4.7 Zusammenfassend vermag die Beschwerdeführerin damit plausibel nachzuweisen, dass sie ihren Gastrobetrieb während den geschlossenen Zeiten nicht wirtschaftlich hätte betreiben können. Es kann 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 einem Einbruch geführt haben, der einen wirtschaftlichen Betrieb der Bar auch nicht mit einer Angestellten zulies. Da - bei einer Einpersonenschicht - eine Reduktion der Arbeitszeit ohne gleichzeitige Reduktion der Öffnungszeiten unmöglich ist, war vorliegend die Einschränkung der Öffnungszeiten nicht Ursache der Unterbeschäftigung der Mitarbeitenden, sondern vielmehr Folge der rückläufigen Nachfrage und der infolge der Hygienevorschriften bestehenden Betriebseinschränkungen, mithin der Covid-19-Pandemie. Die Beschwerdeführerin hat infolge Ausbleibens der Kunden und damit fehlendem Arbeitsbedarf die Betriebszeiten reduziert, was betriebswirtschaftlich sinnvoll war und keine Verletzung der Schadenminderungspflicht darstellt. Auch ist es überwiegend wahrscheinlich, dass ein adäquatkausaler Zusammenhang besteht zwischen dem Einbruch der Gästezahlen und der Covid-19-Pandemie resp. den behördlichen Massnahmen. Mithin liegt ein anrechenbarer Arbeitsausfall im Sinne von Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG vor. Damit aber erweist sich die Beschwerde als begründet, weshalb sie gutzuheissen ist.

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

5.2 Bei der Vertreterin der Beschwerdeführerin handelt es sich nicht um eine zur gewerbsmässigen Vertretung zugelassene Rechtsvertretung (§ 15 VRP). Sie wurde mit Schreiben vom 27. April 2021 auf diesen Umstand sowie die Folge, dass im Falle eines Obsiegens kein Anspruch auf eine Parteientschädigung besteht, hingewiesen. Eine Reaktion hierauf folgte nicht. Es besteht folglich kein Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des Amtes für Arbeit vom 3. Dezember 2020 sowie der Einspracheentscheid vom 11. März 2021 werden aufgehoben. Die Sache wird zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen 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 Vertreterin der Beschwerdeführerin (2/R)
 - die Vorinstanz (EB)
 - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 13. Juli 2021

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

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

Versand: 9. August 2021