

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2021 99

Entscheid vom 18. Januar 2022

Besetzung

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

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. B. _____,

gegen

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

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Rückforderung Kurzarbeits-
entschädigung)

Sachverhalt:

A. Am 23. Dezember 2020 reichte die A. _____ AG die Voranmeldung von Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb ein (Vi-act. 246). Mit Verfügung vom 24. Dezember 2020 stellte das Amt für Arbeit, Arbeitsmarkt, fest, es werde Kurzarbeitsentschädigung (KAE) für maximal drei Monate bewilligt. Sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, könne die Arbeitslosenkasse in der Zeit vom 1. Januar 2021 bis 31. März 2021 KAE ausrichten (Vi-act. 244).

B. Mit E-Mail vom 13. Januar 2021 informierte die C. _____ AG (nachfolgend C. _____) das Amt für Arbeit, es sei beim Ausfüllen des Formulars "Antrag und Abrechnung KAE" aufgefallen, dass KAE gemäss Verfügung vom 24. Dezember 2020 erst ab 1. Januar 2021 ausgerichtet werde. Beim Ausfüllen der Voranmeldung sei ein blöder Fehler unterlaufen, denn Kurzarbeit habe bereits am 22. Dezember 2020 eingeführt werden müssen (Vi-act. 242).

Mit Verfügung vom 14. Januar 2021 ersetzte das Amt für Arbeit die Verfügung vom 24. Dezember 2020. Sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, könne die Arbeitslosenkasse KAE neu in der Zeit vom 23. Dezember 2020 bis 22. März 2021 ausrichten (Vi-act. 235).

C. Am 4. Februar 2021 stellte die A. _____ AG Antrag und Abrechnung von KAE für neun Angestellte der Gastronomie; der Antrag ging bei der Arbeitslosenkasse am 8. Februar 2021 ein (Vi-act. 207).

Das Antragsformular wurde noch am 8. Februar 2021 als geprüft visiert; die Zahlung der KAE für neun Angestellte in der Höhe von Fr. 25'338.50 erfolgte am 10. Februar 2021 (vgl. Bf-act. 8).

D. Mit E-Mail vom 8. Februar 2021 ersuchte die C. _____ die Arbeitslosenkasse um Abklärung und schriftliche Antwort betreffend KAE-Anspruchsberechtigung der Gastronomieangestellten für Januar 2021 (Vi-act. 182). Die Vorinstanz meldete am 11. Februar 2021 schriftlich zurück, acht der neun Angestellten hätten keinen Anspruch. Die C. _____ wurde ersucht, einen neuen Antrag für eine Person einzureichen, damit die Korrektur vorgenommen werden könne (Vi-act. 181).

E. Einen neuen Antrag reichte die C. _____ nicht ein. Die Arbeitslosenkasse nahm am 9. März 2021 selbständig eine Neuberechnung vor für eine KAE-berechtigte Person. Es wird eine KAE von Fr. 1'880.60 ausgewiesen und auf dem Formular handschriftlich angefügt: Rückforderung Fr. 23'457.90 (Bez. 25'338.50; Korr. 1'880.60) sowie 'geprüft 09.03.21' und Visum (Vi-act. 178).

Am 11. März 2021 stellte die Arbeitslosenkasse der A._____ AG eine Rückforderung über Fr. 23'457.90 formlos in Rechnung (Bf-act. 15).

F. Am 25. März 2021 verlangte die A._____ AG betreffend Rückforderung eine anfechtbare Verfügung (Vi-act. 177). Am 29. März 2021 verfügte die Arbeitslosenkasse "Rückforderung der zu viel ausbezahlten Leistungen von Kurzarbeitsentschädigung für den Januar 2021 im Betrag von Fr. 23'457.90" (Vi-act. 175).

G. Die C._____ erhob am 28. April 2021 für die A._____ AG Einsprache gegen die Rückforderung der KAE für Januar 2021 im Betrag von Fr. 23'457.90 (Vi-act. 171).

Nach Einholen weiterer Informationen (Vi-act. 168, 5 ff.) wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache mit Entscheid Nr. 87/2021 am 20. Juli 2021 ab (Vi-act. 1).

H. Am 14. September 2021 lässt die A._____ AG beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde erheben mit den Anträgen:

1. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 20. Juli 2021 sowie die ihm zugrundeliegende Verfügung vom 29. März 2021 seien aufzuheben.
2. Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung für den Betriebsteil Gastronomie für die Dauer vom 1. Januar 2021 bis 31. Januar 2021 sei vollumfänglich anzuerkennen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Vernehmlassung vom 8. Oktober 2021 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Am 11. Oktober 2021 reicht die Beschwerdeführerin Unterlagen nach, zu welchen die Vorinstanz am 13. Oktober 2021 Stellung nimmt. Am 16. November 2021 repliziert die Beschwerdeführerin.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Strittig und nachfolgend zu prüfen ist, ob die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin zu Recht Fr. 23'457.90 an zu Unrecht ausbezahlter KAE zurückfordert. Sachverhaltsmässig steht dabei was folgt fest:

1.1 Die Beschwerdeführerin meldete am 23. Dezember 2020 Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb an per 1. Januar 2021 (Vi-act. 246). Sie sei in der Branche 'Ski-liftbetrieb & Gastronomie' tätig. Kurzarbeit werde für den Gesamtbetrieb eingeführt; aufgrund der Covid-19-Massnahmen, die ab 22. Dezember 2020 gelten,

müsse der gesamte Betrieb inkl. des Skilifts (Name), des Skilifts (Name) und des Restaurants D._____ 'heute' eingestellt werden. Der Personalbestand des Gesamtbetriebes umfasse 36 Personen, davon 36 Arbeitnehmende auf Abruf. Von Kurzarbeit betroffen seien 35 Arbeitnehmende. Der Arbeitsausfall betrage voraussichtlich 80%.

Aufgrund der in der Voranmeldung gemachten Angaben erachtete das Amt für Arbeit die Anspruchsvoraussetzungen für KAE als erfüllt, so dass sie der Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 24. Dezember 2020 die Auszahlung von KAE ab 1. Januar 2021 bewilligte, soweit die Anspruchsvoraussetzungen aufgrund des noch einzureichenden konkreten Antrags und der Abrechnung erfüllt sein werden (vgl. Art. 36 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0] vom 25.6.1982). Gestützt auf diese Verfügung könne die Beschwerdeführerin den Antrag und die Abrechnung von KAE bei der Arbeitslosenkasse einreichen und die Entschädigung geltend machen (Vi-act. 244).

Mit E-Mail vom 13. Januar 2021 teilte die C._____ mit, KAE sei irrtümlich per 1. Januar 2021 beantragt worden, denn der Betrieb habe per 22. Dezember 2020 eingestellt werden müssen; man bitte um Korrektur. Mit Verfügung vom 14. Januar 2021 widerrief die Vorinstanz die Verfügung vom 24. Dezember 2020 und bewilligte die Auszahlung von KAE ab 23. Dezember 2020, soweit die Anspruchsvoraussetzungen aufgrund des noch einzureichenden konkreten Antrags und der Abrechnung erfüllt sein werden (Vi-act. 242, 235).

Ebenfalls am 14. Januar 2021 wurde die C._____ auf die Informationen / Bestimmungen von www.arbeit.swiss hingewiesen, so namentlich auf die vom Bundesrat am 28. Oktober 2020 beschlossenen Änderungen der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033) vom 20. März 2020 betreffend Mitarbeitende auf Abruf (Vi-act. 241).

1.2 Fest steht weiter, dass die Beschwerdeführerin am 4. Februar 2021 das Formular "Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung" für den Monat Januar 2021 ausfüllte und postalisch einreichte. Beantragt wurde KAE für die Betriebsabteilung 'Gastronomie' für Januar 2021. Die Anzahl anspruchsberechtigter Arbeitnehmender wurde mit neun angegeben; von Kurzarbeit betroffen seien ebenfalls neun Arbeitnehmende. Der wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall wurde auf 81.39% beziffert und eine KAE von Fr. 25'338.45 geltend gemacht. Dem Antrag lagen u.a. eine Zusammenstellung der Sollstundenabrechnung für neun Angestellte bei, Personaleinteilungen der Monate Dezember 2020 bis März 2021 sowie Lohnabrechnungen Januar 2021 (Vi-act. 207, 209 - 234).

Der Antrag ging bei der Vorinstanz am 8. Februar 2021 ein und wurde gleichentags geprüft (vgl. Visum auf Formular). Auf dem Formular wurde handschriftlich die Betriebsabteilung 'Gastronomie' durchgestrichen und durch 'Gesamtb.' ersetzt. Zudem wurde neben die Anzahl anspruchsberechtigter Arbeitnehmende (neun) handschriftlich hinzugefügt: 36 - 27 Abruf < 6Mt = Annahme 9 Abruf > 6Mt Gastronomie. Am 10. Februar 2021 erfolgte die Auszahlung der KAE in der Höhe von Fr. 25'338.50 (Bf-act. 8). Eine förmliche Verfügung erging keine.

1.3 Des Weiteren gelangte mit E-Mail vom 8. Februar 2021 die C._____ unter dem Betreff 'A._____ AG (...): Abklärung Anspruchsberechtigung bei der Kurzarbeit für den Januar und Februar' an die Vorinstanz. Es wurde um eine schriftliche Antwort gebeten, ob für das Gastropersonal im Januar 2021 Kurzarbeit abgerechnet werden könne, bzw. ob es einen Anspruch habe. Der E-Mail beigefügt waren die Abrechnung für Kurzarbeit Januar 2021 und zehn Arbeitsverträge. Der Antrag beziehe sich auf den Betriebsteil 'Gastronomie' (Rest. D._____), der restliche Betrieb (Skilift, Kiosk, Pistenarbeiter etc.) laufe seit dem 2. Januar 2021 wieder ganz normal und werde im Januar nicht abgerechnet (Vi-act. 182).

Mit E-Mail vom 11. Februar 2021 bestätigte die Vorinstanz der C._____ schriftlich, was vorab mündlich besprochen worden sei, nämlich, "dass bei der A._____ AG die 8 abgerechneten Abrüfler (Stundenlöhner, die unregelmässig arbeiten) keinen Anspruch haben, da sie noch nicht seit mindestens 6 Monaten angestellt sind." Damit der KAE-Antrag für Januar korrigiert werden könne, wurde die C._____ gebeten, das Gesuch für die eine festangestellte Person auszufüllen und einzureichen (Vi-act. 181).

1.4 Ein neuer Antrag der Beschwerdeführerin ist nicht aktenkundig. Hingegen liegt ein von der Vorinstanz ausgefülltes Antragsformular mit dem Vermerk "Abrechnung nach Plausibilitätskontrolle" vor (Vi-act. 178). Dieses weist eine anspruchsberechtigte Arbeitnehmende aus und eine KAE von Fr. 1'880.60. Handschriftlich angemerkt ist, dass von 36 Mitarbeitenden 35 mit Arbeit auf Abruf und weniger als 6 Monate angestellt seien, so dass nur eine Person anspruchsberechtigt sei. Zudem wurde eine Rückforderung von Fr. 23'457.90 (Fr. 25'338.50 - Fr. 1'880.60) berechnet und das ganze am 9. März 2021 als geprüft visiert.

Am 11. März 2021 stellte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Rückforderungsabrechnung zu, gemäss welcher die Rückforderung Fr. 23'457.90 betrug (Bf-act. 15). Innert 90 Tagen könne zu dieser Abrechnung eine anfechtbare Verfügung verlangt werden.

Am 25. März 2021 verlangte die Beschwerdeführerin eine anfechtbare Verfügung, welche am 29. März 2021 erlassen wurde (Vi-act. 177, 175). Darin bestätigte die Vorinstanz die Rückforderung von Fr. 23'457.90, weil acht von neun abgerechneten Arbeitnehmenden aufgrund ihrer Arbeitsverträge als Arbeitnehmende auf Abruf zu qualifizieren seien, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar sei, weshalb sie keinen KAE-Anspruch hätten. Deren KAE sei zu Unrecht ausbezahlt worden, was gestützt auf Art. 95 Abs. 1 AVIG die Rückforderung über Fr. 23'457.90 gegenüber der Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin rechtfertige.

2.1 Gegen die Rückforderung erhob die C. _____ im Auftrag der Beschwerdeführerin Einsprache. Geltend gemacht wurden zwei Aspekte (Vi-act. 171):

Zum einen handle es sich nicht um Mitarbeitende auf Abruf. Die Personaleinsätze seien fix nach Tagen im Voraus vereinbart und damit plan- und bestimmbar. Der Abruf beziehe sich nicht auf die Arbeitszeit, sondern nur auf den Zeitraum, da ungenügend Schnee liege. Denn sobald Schnee liege und die Anlagen inkl. Restaurant geöffnet seien, könnten die Angestellten für die fest vereinbarte Arbeitszeit mit ihrem Lohn rechnen. Es handle sich daher nicht um Arbeit auf Abruf. Die Arbeitsverträge seien diesbezüglich missverständlich formuliert.

Zum andern sei, falls doch Arbeit auf Abruf vorliegen sollte, auch die Voraussetzung der mindestens sechsmonatigen Anstellung erfüllt. Die Beschwerdeführerin stelle das Personal immer saisonal für nur vier Monate an. Dieselben Angestellten seien jedoch während der Sommermonate im Restaurant E. _____ in F. _____ angestellt. Mithin bestünden zwei Arbeitgeber, welche sich das Personal über das Jahr hinweg teilen würden. Die Angestellten seien faktisch das ganze Jahr angestellt. Diese Sonderkonstellation von Sommer- und Winterbetrieb müsse berücksichtigt werden.

2.2 Im angefochtenen Einspracheentscheid (Bf-act. 3) zitiert die Vorinstanz aus den Arbeitsverträgen der acht betroffenen Angestellten: "Die Dauer und Lage der Einsätze werden im gegenseitigen Einverständnis festgelegt. Es handelt sich dabei um unregelmässige, stundenweise Einsätze, die im Stundenlohn vergütet werden und nicht um Einsätze von Teilzeitmitarbeitenden". Damit handelt es sich gemäss Vorinstanz um Arbeitsverhältnisse, deren Arbeitsleistung sowohl nach der Lage als auch der Länge der Arbeitszeit flexibel gestaltet sei. Auch die Stundenrapporte der letzten drei Jahre würden für ein Arbeitsverhältnis auf Abruf sprechen. Die ausgewiesenen Stunden würden derart stark schwanken, dass nicht von einer gewissen Konstanz und allenfalls Normalarbeitszeit ausgegangen werden könne. Die Vorinstanz bestätigte die Qualifikation der Arbeitsverhältnisse als Arbeit auf Abruf. Gemäss Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung müssten die Angestellten auf Abruf seit mindestens 6 Monaten un-

befristet im Unternehmen angestellt sein, um einen Anspruch auf KAE zu haben. Die Anstellungsverhältnisse seien indes am 1. Dezember 2020 befristet bis 14. März 2021 mit Kündigungsmöglichkeit abgeschlossen worden. Es handle sich um unecht befristete Arbeitsverhältnisse, welche den unbefristeten auf Abruf gleichzusetzen seien. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die Angestellten über das Jahr hinweg mit einem anderen Restaurant teile, ändere nichts an der Tatsache, dass zwei separate Arbeitsverhältnisse vorlägen. Die Anstellung beim andern Arbeitgeber vor dem 1. Dezember 2020 könne der Beschwerdeführerin nicht angerechnet werden. Entsprechend entfalle ein Anspruch auf KAE, da alle acht Personen Angestellte auf Abruf mit einer nicht mindestens sechsmonatigen Anstellung seien.

3. Replizierend macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe von der Vorinstanz nicht alle relevanten Akten vollständig erhalten (z.B. Akten Nr. 246 f.), weshalb das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV verletzt worden sei. Da es sich hierbei um eine Rüge formeller Natur handelt, ist diese vorab zu prüfen.

Die vorgetragene Rüge bleibt zu unbestimmt, als dass darauf einzutreten wäre. Weder erhellt, unter welchen Umständen wie Akteneinsicht verlangt wurde, noch dass die Vorinstanz Akten vorenthalten hätte. Zudem hat die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren Einsicht in die vorinstanzlichen Akten verlangt. Sie erhielt diese zugestellt und konnte so in die dem Gericht vorliegenden Akten Einsicht nehmen. Selbst wenn sie in einem früheren Akteneinsichtsgesuch nicht sämtliche Akten zugestellt erhalten haben sollte, wäre der Mangel durch die nun gewährte, umfassende Einsicht geheilt (vgl. BGE 142 II 218 Erw. 2.8.1).

4. Unbegründet ist auch die Anrufung des Vertrauensschutzes durch die Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 16 ff.). Sie habe nach Eingang der KAE auf ihr Konto am 10. Februar 2021 darauf vertrauen dürfen, dass ein Anspruch auf KAE bestehe (Bf-act. 8). Nach dem KAE-Eingang habe sie die KAE am 12. Februar 2021 mit der Lohnzahlung Januar 2021 an die Angestellten ausbezahlt (Bf-act. 5). Das Geld sei somit ausbezahlt, weshalb eine Rückzahlung nicht ohne Nachteile für die Beschwerdeführerin machbar sei. Sie verfüge über das Geld nicht mehr; die Rückerstattung würde sie mit grosser Härte treffen.

Die Rückzahlung zu Unrecht erbrachter Versicherungsleistungen ist gesetzlich vorgesehen; zu Unrecht bezahlte KAE ist ausdrücklich beim Arbeitgeber zurückzufordern (vgl. Art. 95 Abs. 2 AVIG). Seinerseits kann er die Rückforderung gegenüber den Angestellten geltend machen, sofern er die unrechtmässige Auszahlung nicht zu verantworten hat (Art. 95 Abs. 2 Satz 2 AVIG).

Nach dem in Art. 9 BV verankerten Grundsatz von Treu und Glauben kann eine unrichtige Auskunft, welche eine Behörde dem Bürger erteilt, unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten. Voraussetzung dafür ist, dass: a) es sich um eine vorbehaltlose Auskunft der Behörden handelt; b) die Auskunft sich auf eine konkrete, den Bürger berührende Angelegenheit bezieht; c) die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, dafür zuständig war oder der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; d) der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres hat erkennen können; e) der Bürger im Vertrauen hierauf nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat; f) die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung; g) das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige am Vertrauensschutz nicht überwiegt (BGE 143 V 95 Erw. 3.6.2; BGE 137 II 182 Erw. 3.6.2).

Vorliegend liess die Beschwerdeführerin die KAE durch die C._____, ihre Treuhänderin, bearbeiten. Die Beschwerdeführerin muss sich das Wissen und Verhalten der C._____ anrechnen lassen (vgl. Urteil BGer 2C_1052/2020 vom 19.10.2021 Erw. 3.3.2 m.w.H.). Sie war Vertreterin der Beschwerdeführerin und stand in stetem Kontakt mit dem Amt für Arbeit und der Vorinstanz. Die C._____ war es, welche die Voranmeldung einreichte (vgl. Vi-act. 246) und am 13. Januar 2021 KAE ab dem 22. Dezember 2020 anbegehrte (vgl. Vi-act. 242). Am 14. Januar 2021 wurde die C._____ über die Besonderheiten der KAE für Mitarbeitende auf Abruf orientiert (Vi-act. 241). Auch der Antrag und die Abrechnung für KAE vom 4. Februar 2021 (Eingang Vorinstanz 8.2.2021) wurde durch die C._____ erstellt, wenn gleich rechtsgültig durch die Beschwerdeführerin unterzeichnet (vgl. Kontaktdaten des Gesuchstellers auf Formular Vi-act. 207). Die Beschwerdeführerin unterzeichnete dabei auch die Kenntnisnahme der darauf abgedruckten KAE-Voraussetzungen, so namentlich, dass Mitarbeitende auf Abruf mindestens sechs Monate angestellt sein mussten. Schon allein deshalb fehlt es an der Vertrauensschutz-Voraussetzung, nämlich, dass sie die Unrichtigkeit der KAE-Zahlung nicht ohne weiteres hätte erkennen können (vgl. BGE 143 V 95 Erw. 3.6.2). Kommt hinzu, dass die C._____ ganz offensichtlich Zweifel an einer Anspruchsberechtigung hatte. Denn quasi parallel zur postalischen Eingabe des Antrages auf KAE erfolgte am 8. Februar 2021 ihre E-Mailanfrage bezüglich Anspruchsberechtigung der Gastronomieangestellten. Zwecks Überprüfung und schriftlicher Bestätigung überliess sie der Vorinstanz die Arbeitsverträge der Angestellten. Am 11. Februar 2021, mithin noch vor den Lohnauszahlungen vom 12. resp. 26. Februar 2021 (Bf-act. 5), wurde die C._____ zuerst mündlich und am gleichen Tag auch noch per E-Mail informiert, dass nur eine Person Anspruch auf KAE habe, nicht jedoch die acht Ange-

stellten auf Abruf. Die C._____ wurde aufgefordert, einen neuen Antrag einzureichen. Mithin erhielt die C._____ noch vor der Lohnzahlung die von ihr gewünschte schriftliche Bestätigung über die Anspruchsberechtigung. Damit aber wusste die Beschwerdeführerin, resp. ihre für sie handelnde Treuhänderin noch vor der Lohnauszahlung, dass die KAE zu Unrecht ausbezahlt wurde. Die Zahlung an die Mitarbeitenden konnte nicht im Vertrauen erfolgen, dass die KAE rechtmässig ausbezahlt wurde.

5.1 Die Beschwerdeführerin trägt sodann vor, die Vorinstanz könne zwar unrechtmässig ausbezahlte KAE vom Arbeitgeber zurückfordern. Voraussetzung sei jedoch, dass der Rückforderungstitel der Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1] vom 6.10.2000) gegeben sei, nämlich die Leistungszusprechung zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung sei. Dies gelte unabhängig davon, ob die Leistung förmlich oder formlos zugesprochen worden sei. Entsprechend könne die Vorinstanz nur dann zurückfordern, wenn die Voraussetzungen der Wiedererwägung erfüllt seien, was vorliegend nicht der Fall sei.

5.2 Die Beschwerdeführerin verkennt, dass es eines Rückkommenstitels (der Revision oder der Wiedererwägung nach Art. 53 ATSG) nur dann bedarf, wenn die zu Unrecht erbrachte Leistung auf einer rechtsbeständigen Verfügung beruht. Denn in Wiedererwägung zu ziehen sind einzig rechtskräftige Verfügungen. Diesfalls spielt es in der Tat keine Rolle, ob die Verfügung förmlich oder formlos erging. Wenn jedoch die Leistungszusprache noch gar keine Rechtsbeständigkeit erlangt hat, kann die Vorinstanz frei, d.h. ohne Bindung an Wiedererwägung oder Revision auf ihre Leistungszusprache zurückkommen (BGE 122 V 368 Erw. 3). Rechtsbeständig wird eine faktische Verfügung, wenn sie von der versicherten Person nicht innert 90 Tagen angefochten wird (SVR 2004 ALV Nr. 1 S. 1, C 7/02). In BGE 129 V 110 präzisierte das Bundesgericht, eine ohne Bindung an die Voraussetzungen der Wiedererwägung oder der prozessualen Revision erfolgende Rückforderung formlos zugesprochener Versicherungsleistungen sei nur während eines Zeitraums möglich, welcher der Rechtsmittelfrist bei formellen Verfügungen entspricht, selbst wenn die versicherte Person während 90 Tagen ein Rechtsmittel einreichen könnte, die faktische Verfügung mithin noch keine Rechtsbeständigkeit erreicht hat (BGE 129 V 110 Erw. 1.2.3; Urteil BGer 8C_789/2014 vom 7.9.2015 Erw. 2.2 und 3.1.2).

5.3 Vorliegend steht damit fest, dass die Vorinstanz auf die formlose Zusprache von KAE ohne Beachtung der Voraussetzungen der Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) zurückkommen konnte, wenn sie dies innert 30 Tagen tat.

Erst nach Ablauf dieser Frist musste die Rückforderung auf einem förmlichen Rückkommenstitel beruhen.

5.4 Vorab ist anzumerken, dass für die Frage der Fristberechnung nicht die Verfügung des Amtes für Arbeit vom 14. Januar 2021 massgeblich ist. Denn mit jener hatte das Amt für Arbeit (welches mit der Vorinstanz nicht identisch ist) verfügt, dass aufgrund der mit der Voranmeldung gemachten Angaben KAE für die Dauer von maximal 3 Monaten geltend gemacht werden könne. Sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen im Rahmen des Massnahmenpakets zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen erfüllt seien, könne die Arbeitslosenkasse KAE ausrichten. Die Gesuchstellerin könne nun aufgrund dieser Verfügung den Antrag und die Abrechnung von KAE bei der erwähnten Arbeitslosenkasse einreichen und die Entschädigung damit geltend machen. Dieser Verzicht auf einen Einspruch gegen KAE (Art. 36 Abs. 4 AVIG) ist Grundvoraussetzung, damit KAE beantragt werden kann, bestätigt aber noch keine konkrete KAE.

Die Auszahlung der KAE erfolgt dann durch die Arbeitslosenkasse, welche ihrerseits die Anspruchsberechtigung noch konkret zu prüfen hat. Vor der Vergütung der KAE prüft die Kasse die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 31 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG, das Vorhandensein eines allfälligen Einspruchs und alle von der kantonalen Amtsstelle im Voranmeldeverfahren zu prüfenden Anspruchsvoraussetzungen (Art. 39 Abs. 1 und 2 AVIG), wobei die Abrechnung im Rahmen der Covid-Massnahmen summarisch in einem vereinfachten Verfahren erfolgt (Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Sofern alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind und kein Einspruch vorliegt, nimmt sie die Auszahlung vor (Nussbaumer, in: SBVR, Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl., Rz. 525). Der Umstand, dass das Amt für Arbeit keinen Einspruch erhebt, ändert mithin nichts daran, dass die nachfolgend mit dem Anspruch konfrontierte Arbeitslosenkasse ihrerseits in jedem einzelnen Fall das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen prüft und erst sie die KAE verfügt (vgl. Urteil BGer C 110/04 vom 24.8.2005 Erw. 1.2). Verzichtet die kantonale Amtsstelle (vorerst) auf einen Einspruch, begründet dies noch keinen unmittelbaren Anspruch auf Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung (vgl. VGE II 2021 3 vom 16.6.2021 Erw. 3.2 f.).

Entscheidend ist somit, wann die Arbeitslosenkasse (Vorinstanz) die KAE förmlich oder formlos zusprach.

5.5 Am 8. Februar 2021 ging bei der Vorinstanz der Antrag und die Abrechnung von KAE für neun Angestellte für den Monat Januar 2021 der Beschwerdeführerin ein.

Noch am 8. Februar 2021 wurde der Antrag im vereinfachten, summarischen Verfahren geprüft und die Abrechnung als korrekt beurteilt (vgl. handschriftliche Vermerke und Visum auf Antragsformular; Vi-act. 207).

Die Auszahlung der KAE für neun Arbeitnehmende in der Höhe von Fr. 25'338.50 erfolgte am 10. Februar 2021, zumindest ging dieser Betrag an jenem Tag auf dem Konto der Beschwerdeführerin ein (Bf-act. 8). Damit ist davon auszugehen, dass die formlose, faktische Leistungsverfügung mit der Zahlung der KAE am 10. Februar 2021 erfolgt ist. Die 30tägige Frist, innert welcher die Vorinstanz frei, d.h. ohne Bindung an Wiedererwägung oder Revision auf ihre Leistungszusprache zurückkommen konnte, begann somit frühestens am 11. Februar 2021 zu laufen.

5.6 Ebenfalls am 8. Februar 2021 ging bei der Vorinstanz die E-Mail der C._____ ein, mit welcher um schriftliche Abklärung der Anspruchsberechtigung der neun Angestellten gebeten wurde. Dem Ersuchen lagen neben dem Antrag und der Abrechnung von KAE weitere Unterlagen wie die Arbeitsverträge der Angestellten und Stundenabrechnungen bei (Vi-act. 182).

Am 11. Februar 2021 bestätigte die Vorinstanz der C._____ mündlich und ebenfalls per E-Mail, dass einzig eine Mitarbeiterin Anspruch auf KAE habe, die weiteren acht Angestellten auf Abruf jedoch nicht. Die C._____ wurde ersucht, ein neues, für eine einzige Angestellte ausgefülltes Antragsformular einzureichen. Einen gestützt auf diese Bestätigung revidierten Antrag reichte die Beschwerdeführerin nicht ein (Vi-act. 181).

Am 11. März 2021 erliess die Vorinstanz die Abrechnung der Rückforderung (Bf-act. 15).

5.7 Damit aber steht fest, dass die Vorinstanz bereits am 11. Februar 2021 ihre formlose KAE-Zahlung vom Vortag korrigierte und der C._____ bestätigte, dass nicht alle neun, sondern nur eine einzige Mitarbeiterin Anspruch auf KAE hat und dass entsprechend ein neuer Antrag einzureichen sei. Diese Korrektur erfolgte zweifelsohne innert der 30tägigen Frist.

Selbst wenn diese E-Mail-Bestätigung vom 11. Februar 2021 nicht als Zurückkommen auf die KAE-Zahlung (=formlose Leistungsverfügung) qualifiziert würde, gilt, dass auch die formlose, aber klar bezifferte Rückforderung vom 11. März 2021 noch innert der 30tägigen Frist, welche erst am 12. März 2021 ablief, erfolgt ist. Die Voraussetzung, damit die Vorinstanz frei und ohne Bindung an einen Rückkommenstitel auf ihre Leistungszusprache zurückkommen und zu Unrecht erbrachte Versicherungsleistungen zurückfordern durfte, war damit gegeben. Die Vorinstanz musste entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin die Vor-

aussetzungen der Wiedererwägung (zweifellose Unrichtigkeit und erhebliche Bedeutung) nicht beachten.

Damit gilt es als nächstes die Rechtmässigkeit der Rückforderung ohne Rückkommenstitel zu prüfen, d.h. es ist zu prüfen, ob die neue KAE-Berechnung, gemäss welcher acht der neun gemeldeten Angestellten keinen KAE-Anspruch haben, korrekt ist. Wenn dem so ist, erfolgte die KAE-Zahlung vom 10. Februar 2021 für neun Angestellte in der Höhe von Fr. 25'338.50 zu Unrecht und die Rückforderung war gerechtfertigt.

6.1 Gemäss Vorinstanz handelt es sich bei acht der neun Angestellten, für welche im Januar 2021 KAE beantragt wurde, um Angestellte mit Arbeit auf Abruf in einem weniger als sechs Monate dauernden Anstellungsverhältnis, weshalb sie keinen Anspruch auf KAE haben.

6.2.1 Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, können Anspruch auf KAE haben (Art. 31 Abs. 1 AVIG).

Keinen Anspruch auf KAE haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG). Der Arbeitsausfall ist nicht bestimmbar, wenn sich die normale Arbeitszeit nicht anhand einer vertraglichen Vereinbarung über die von der arbeitnehmenden Person zu leistende Arbeitszeit zuverlässig feststellen lässt. Dies gilt insbesondere etwa für Arbeitnehmende, die eine Abrufstätigkeit ausüben und vom Arbeitgeber ja nach Arbeitsanfall eingesetzt werden (AVIG-Praxis KAE B30 f.; vgl. auch Urteil BGer 8C_379/2010 vom 28.2.2011 Erw. 2.1).

Keinen Anspruch auf KAE haben sodann befristet Angestellte, da ihr Arbeitsausfall nicht anrechenbar ist (Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG). Der Grund liegt darin, dass sie aufgrund der festen Vertragsdauer vor Entlassung geschützt sind und deshalb der angeordneten Kurzarbeit nicht zustimmen müssen (AVIG-Praxis KAE D28). Dies gilt indes nicht, wenn ein befristetes Arbeitsverhältnis vor Fristende gekündigt werden kann (unecht befristetes Verhältnis).

6.2.2 Mit dem Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102) vom 25. September 2020 hat das Parlament den Bundesrat ermächtigt, vom AVIG abweichende Bestimmungen zu erlassen. So sollte er namentlich auch den Anspruch und die Auszahlung von KAE für Mitarbeitende auf Abruf in unbefristeten Arbeitsverhältnissen regeln (Art. 17 Abs. 1 lit. e Covid-19-Gesetz; vgl. auch Dokumentation Parlamentsbibliothek, Volksabstimmung vom 13.06.2021, 20.058; <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/verhandlungen-20-058-2021-06-13.pdf>). Mit der Revision vom 18. Dezember 2020 wurde

der Bundesrat zudem ermächtigt, den Anspruch und die Auszahlung von KAE auch für Personen nach Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG (Personen in befristeten Anstellungsverhältnissen, einem Lehrverhältnis oder im Dienste einer Temporärfirma) zu regeln (Art. 17 Abs. 1 lit. f Covid-19-Gesetz; AS 2020 5821; BBI 2020 8819).

Der Bundesrat hat mit der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit eingeführt und in Abweichung des AVIG u.a. den Anspruch auf KAE auf bestimmte Anspruchsgruppen ausgeweitet. So normierte er in der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (Änderung vom 28.10.2020; Stand 1.1.2021), dass in Abweichung von den Art. 31 Abs. 3 lit. a und Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG Arbeitnehmende auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad starken Schwankungen unterliegt (mehr als 20%), ebenfalls Anspruch auf KAE haben, sofern sie seit mindestens sechs Monaten unbefristet in dem Unternehmen arbeiten, das Kurzarbeit anmeldet (Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Der Arbeitsausfall wird auf der Basis der letzten sechs oder zwölf Monate vor Beginn der Kurzarbeit für die betroffene Arbeitnehmerin auf Abruf oder den betroffenen Arbeitnehmer auf Abruf berechnet; der für die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer günstigste Arbeitsausfall wird berücksichtigt (Art. 8f Abs. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Mit der Revision vom 20. Januar 2021 legte der Bundesrat sodann fest, dass in Abweichung von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG ein Arbeitsausfall anrechenbar ist, soweit er Personen betrifft, die in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer oder in einem Lehrverhältnis stehen (Art. 4 Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung).

6.2.3 Für den Vollzug der pandemiebedingten Sondernormen des Arbeitslosenversicherungsrechts richtet das Seco die Weisung "Aktualisierung Sonderregelung aufgrund der Pandemie" an die Durchführungsstellen. Diese wird jeweils mit den Revisionen des Covid-19-Gesetzes und der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung überarbeitet, wobei die jeweils für den Verfügungszeitpunkt geltende Fassung heranzuziehen ist (Urteil BGer 9C_53/2021 vom 30.6.2021 Erw. 2.2), vorliegend die Weisung 2021/01 vom 20. Januar 2021.

Zum KAE-Anspruch von Mitarbeitenden auf Abruf hält die Weisung 2021/01 fest, dass alle Arbeitnehmenden auf Abruf, die seit mindestens sechs Monaten in diesem Unternehmen auf Abruf arbeiten und über einen unbefristeten Arbeitsvertrag verfügen, auch wenn der Beschäftigungsgrad um mehr als 20 Prozent schwankt, im Zeitraum vom 1. September 2020 bis 30. Juni 2021 Anspruch auf KAE haben. Ein befristetes Anstellungsverhältnis mit Kündigungsmöglichkeit (unecht befristet) werde wie ein unbefristetes behandelt (Weisung 2021/01 S. 18 f.).

Damit ein Arbeitsausfall relativ zu einer Normalarbeitszeit bestimmbar bleibe, gelte nach wie vor die Bedingung, dass das Arbeitsverhältnis mindestens sechs Monate gedauert habe, unabhängig vom Beginn der Kurzarbeit für den Betrieb bzw. Betriebsteil. Der Anspruch für die auf Abruf angestellte Person entstehe, sobald ihre Anstellung sechs Monate gedauert habe (Weisung Nr. 2021/01 S. 19).

Hinsichtlich der Personen in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer (ohne vereinbarte Kündigungsmöglichkeit) hält die Weisung Nr. 2021/01 fest, sie hätten (wie bis am 31.8.2020) ab dem 1. Januar 2021 bis 30. Juni 2021 Anspruch auf KAE.

Die Anspruchsberechtigung fasst die Weisung tabellarisch wie folgt zusammen:

Anspruch auf KAE hatten bzw. haben:	Arbeit auf Abruf (Schwankungen > 20%)	Stundenlohnvertrag mit Normalarbeitszeit innerhalb einer Bandbreite*	Arbeitsvertrag mit festem Pensum (Monats- oder Stundenlohn)
"Echt" befristet Angestellte	März - August 2020	März - August 2020 Januar - Juni 2021	
Unbefristet oder "unecht" befristet Angestellte	März 2020 - Juni 2021	Immer	

* Mindestanstellungsdauer 6 Monate, ansonsten Einstufung als Arbeit auf Abruf

Bezüglich der Bedeutung dieser Seco-Weisung bleibt anzufügen, dass sich diese an die Durchführungsstellen richtet und für die Gerichte nicht verbindlich ist. Diese sollen sie bei ihren Entscheidungen aber berücksichtigen, sofern sie dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegungen der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulässt. 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 Normanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen. Verwaltungsweisungen dürfen indes keine über Gesetz oder Verordnung hinausgehende Einschränkungen materieller Rechtsansprüche einführen (etwa: BGE 147 V 79 Erw. 7.3.2 mit Hinweisen).

7.1.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass es sich bei den Angestellten um Mitarbeitende auf Abruf gehandelt habe. Anders als in den schriftlichen Arbeitsverträgen vereinbart, habe die Geschäftsführerin des Restaurants vor Saisonbeginn mit allen Angestellten einen festen Einsatzplan vereinbart (vgl. Bf-act. 10). Gemäss mündlicher Vereinbarung seien alle Arbeitnehmenden in festem Pensum angestellt gewesen. Neben der Geschäftsführerin seien vier resp. drei weitere Personen mit einem 100%-Pensum angestellt und vier weitere mit festen Teilzeit-Pensen. Alle hätten anfangs Saison gewusst, wann sie gemäss Arbeits-

plan eingeteilt seien. Es sei ein fixes Pensum vereinbart worden, auch wenn dann ein alter Arbeitsvertrag unterzeichnet worden sei, der die mündlichen Vereinbarungen nicht wiedergebe. Anhand der mündlichen Vereinbarung hätten die Angestellten mit einem Einsatz gemäss fixem Pensum gerechnet. Vor Saison seien alle fix eingeteilt, der Arbeitseinsatz sei fix nach Pensum (Tagen) vereinbart und der Arbeitseinsatz damit plan- und kontrollierbar. Um Spitzen abzudecken, könnten weitere Arbeitnehmer aufgeboden werden; nur bei diesen handle es sich um Mitarbeitende auf Abruf. Es handle sich bei den acht Betroffenen somit um fixe Arbeitseinsätze aufgrund des mündlich abgemachten Pensums und nicht um Arbeit auf Abruf.

Neben der Geschäftsführerin würden drei Angestellte (ein vierter habe per Ende Februar gekündigt) seit dieser Saison in einem 100%-Pensum arbeiten. Allein schon aufgrund dieses Pensums liege keine Arbeit auf Abruf vor. Gemäss Arbeitsplan erfolge der Einsatz der Vollzeitangestellten während der Wintersaison konstant, weshalb die effektiv absolvierte Zeit als Normalarbeitszeit zu betrachten sei. Denn die Beschäftigungsschwankungen seien tiefer als 20% pro Monat im Verhältnis zu der im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitszeit. Da einzig die Geschäftsführerin und ein Angestellter bereits 2019/2020 in einem Vollzeitpensum gearbeitet hätten und covidbedingt dieses Jahr kein normaler Betrieb möglich gewesen sei, könne nicht aufgezeigt werden, dass die Schwankungen der Vollzeitangestellten effektiv unter 20% gelegen hätten. Aber auch die Einsätze der Teilzeitangestellten würden nicht mehr als 20% schwanken, weshalb auch bei diesen nicht von Arbeit auf Abruf, sondern von Normalarbeitszeit gesprochen werden könne. Auch sie könnten mit einem fixen Arbeitseinsatz gemäss Pensum aufgrund der mündlichen Vereinbarung rechnen. Der Betrieb sei heuer mit vier Vollzeitangestellten erstmals professioneller betrieben worden. Dank den 100%-Pensen seien auch weniger Arbeitnehmende als früher angestellt.

Zum einen handle es sich somit nicht um Angestellte auf Abruf. Zum andern sei KAE auch geschuldet, weil die Schwankungen weniger als 20% ausmachen würden und Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung somit keine Anwendung finde. Wegen der Schwankungen < 20% handle es sich um Stundenlohnangestellte mit Normalarbeitszeit, die ohnehin Anspruch auf KAE hätten.

7.1.2 Schon in der Einsprache wurde geltend gemacht, es liege keine Arbeit auf Abruf vor, der schriftliche Arbeitsvertrag stelle das effektive Arbeitsverhältnis nicht klar dar. Tatsache sei, dass bei genügend Schnee, wenn alle Anlagen offen seien, feste Öffnungszeiten bestünden. Die Personaleinsätze seien fix nach Tagen vereinbart und somit plan- und bestimmbar. Die Mitarbeitenden könnten mit

ihrem Lohn für die fest vereinbarte Arbeitszeit rechnen. Der Abruf beziehe sich nur auf den Zeitraum, da nicht genügend Schnee liege und das Restaurant geschlossen sei. Dies sei mit den Angestellten so vereinbart und werde seit Jahren so gehandhabt. Im Vorjahr habe es während der ganzen Saison genügend Schnee gehabt, so dass das Restaurant ohne behördliche Schliessung durchgehend hätte betrieben werden können. Die Arbeitszeit der betroffenen Stundenlöhner sei damit für die ganze Saison vertraglich vereinbart und bestimmbar.

7.1.3 In der Replik vom 16. November 2021 betont die Beschwerdeführerin sodann, es handle sich bei den Anstellungen so oder so um befristete Anstellungen, weshalb nicht die Regelung für unbefristet Angestellte auf Abruf nach Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, sondern Art. 4 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung zur Anwendung komme und sich der KAE-Anspruch hieraus ergebe (Beschwerde Rz. 20; Replik Rz. 9).

7.2 Vorab ist festzuhalten, dass der KAE-Anspruch für die Geschäftsführerin des Restaurants D. _____ unbestritten ist, da sie fest zu einem Monatslohn angestellt ist (Vi-act. 185). Strittig ist einzig der Anspruch der acht weiteren Angestellten des Restaurants.

7.3 Für die acht betroffenen Angestellten liegt ein unterzeichneter "Arbeitsvertrag für Teilzeitarbeiter" im Recht (Vi-act. 188 - 196; act. 195 betrifft eine hier nicht relevante Person).

Der Vertragsbeginn wird für alle Angestellten auf den 1. Dezember 2020 festgesetzt.

Sämtliche Verträge wurden auf bestimmte Zeit abgeschlossen, nämlich bis am 14. März 2021, wobei der Vertrag kündbar ist.

Unter Ziffer 7 des Vertrages wird die Arbeitszeit wie folgt geregelt:

Die Dauer und Lage der Einsätze werden im gegenseitigen Einverständnis festgelegt. Es handelt sich dabei um unregelmässige, stundenweise Einsätze, die im Stundenlohn vergütet werden und nicht um Einsätze von Teilzeitmitarbeitern.

7.4 Als erstes gilt es klarzustellen, dass die befristeten Verträge kündbar waren, weshalb es sich um unecht befristete Angestellte handelt. Diese sind den unbefristeten gleichgestellt, soweit der Vertrag während der Kurzarbeit kündbar ist (vgl. Weisung 2021/01 S. 18).

7.5 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Mitarbeitenden seien nicht auf Abruf angestellt, sondern mit einem fixen Pensum. Dem kann nicht gefolgt werden.

Zum einen widerspricht dem der klar formulierte, schriftliche und unterzeichnete Arbeitsvertrag. Die angeblich mündliche, anderslautende Vereinbarung vermag die Beschwerdeführerin nicht überzeugend und nicht mit dem im Sozialversicherungsrecht notwendigen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 146 V 51 Erw. 5.1) nachzuweisen. Soweit sie Bestätigungen der Angestellten ins Recht legt, sind diese erst während des Rechtsmittelverfahrens und damit nicht unbeeinflusst erstellt worden. Auch die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens neu eingereichten Arbeitsverträge für die neue Saison vermögen keinen Beleg für die Anstellungsverhältnisse der letzten Saison darzustellen.

Zum andern liegen starke Indizien vor, die gegen einen Arbeitsvertrag mit festem Pensum (im Stundenlohn) sprechen.

Gemäss Beschwerdeführerin bestand die Abmachung von fixen Pensen bereits in der letzten Saison. Neben der Geschäftsführerin habe insbesondere auch ein Küchenangestellter bereits 100% gearbeitet (vgl. oben Erw. 7.1.1). Die 'Übersicht geleistete Stunden' und die Stundenrapporte der Angestellten (Vi-act. 16 ff.) belegen indes, dass die Arbeitszeiten auch damals stark variierten und aus den Belegen kein festes Pensum herausgelesen werden kann. Auch wurde gemäss rapportierten Stunden Lohn geleistet, was gegen ein fixes 100%-Pensum spricht.

In der Eingabe vom 25. Juni 2021 (Vi-act. 5) hielt die Beschwerdeführerin fest, gemäss Geschäftsführerin seien unter der Woche immer fix drei und an den Wochenenden fünf Angestellte im Einsatz. Bei schönem Wetter könnten nach Bedarf weitere Mitarbeitende aufgeboden werden. Bei schlechtem Wetter komme es hingegen höchst selten vor, dass fix eingeteilte Personen zu Hause bleiben dürfen. Bei der Formulierung im Arbeitsvertrag Ziffer 7, zweiter Satz (siehe oben Erw. 7.3) handle es sich um eine Schutzklausel gegen Lohnforderungen, falls der Lift wegen Schneemangel nicht in Betrieb sei. Bei Liftbetrieb würden hingegen vereinbarte Arbeitseinsätze unabhängig von Wetter und Besucheraufkommen bezahlt.

In den Unterlagen befinden sich für Dezember 2020 Stundenrapporte und Lohnabrechnungen sowie für Januar bis März 2021 als "Fixeinteilung" bezeichnete Monatsblätter (Vi-act. 16 ff. und 217 ff.). In den Monatsblättern mit Fixeinteilung sind pro Angestellte eine Standard-Arbeitszeit eingetragen (z.B. 9, 8.5, 6 oder 5 h). Für einzelne Angestellte ist die Fixzeit pro Einsatztag über die Monate hinweg konstant, für andere kann sie variieren. Auch ist bei den Mitarbeitenden im Januar ein Hinweis eines Pensums angefügt (vgl. Vi-act. 221). Es handelt sich dabei um "Einteilungen" und nicht um Stundenrapporte. Demgegenüber weist das Monatsblatt Dezember keine festen Grössen auf. Auch Angestellte, welche gemäss "Fixeinteilungen" stets 9 oder 8.5 Stunden eingeteilt sind oder angeblich

ein 100%-Pensum haben, weisen im Dezember, da effektiv gearbeitet wurde, grosse Schwankungen auf. Die gemäss Beschwerdeführerin mündliche Vereinbarung, wonach an eingeteilten Tagen gemäss Vereinbarung zu fixem Pensum gearbeitet und entlohnt werde, galt angeblich seit Saisonbeginn. Sie lässt sich aus dem Monatsblatt Dezember 2020 aber nicht herauslesen. Vergleicht man das Monatsblatt Dezember 2020 mit den von den Angestellten unterzeichneten Stundenrapporten (Vi-act. 16 ff.), so stimmen diese Zahlen überein (nicht nachvollziehbar sind hingegen die Lohnabrechnungen Dezember 2020; vgl. beispielhaft Vi-act. 25 mit 147.25 abgerechneten Stunden, jedoch nur 87.75 rapportierten Stunden auf Vi-act. 26 und Vi-act. 219).

Der Monat Dezember 2020 belegt damit, dass mit den Angestellten wohl Einsatztage vereinbart sein mögen, nicht jedoch fixe Pensen, auf deren Abgeltung die Angestellten Anspruch hätten. Vielmehr werden die geleisteten Stunden genau erfasst und diese geleisteten und erfassten Stunden abgegolten. Die geleisteten Arbeitsstunden variieren. Aus den Monatsplanungen "Fixeinteilung" Januar bis März 2021 kann daher nicht abgeleitet werden, die Angestellten seien nicht auf Abruf, sondern mit festem Pensum angestellt und hätten effektiv die aufgeführten Stunden gearbeitet. Damit aber scheidet ein Anspruch auf KAE für Angestellte im Stundenlohn mit festem Pensum aus. In Frage kommen somit noch Anstellungsverhältnisse auf Abruf sowie Stundenlohnverträge mit Normalarbeitszeit innerhalb einer gewissen Bandbreite (vgl. oben Erw. 6.2.3).

7.6.1 Gestützt auf die schriftlichen Verträge (vgl. oben Erw. 7.3) besteht das Arbeitsverhältnis zur Beschwerdeführerin weniger als 6 Monate gemäss Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, nämlich erst seit einem einzigen Monat. Die Voraussetzung, um KAE für Mitarbeitende auf Abruf beanspruchen zu können, ist damit zumindest fraglich. Diese Voraussetzung ist aber entscheidend, um bei Personen ohne vertraglich festgelegte Arbeitszeit überhaupt eine relevante durchschnittliche Monatsarbeitszeit und damit einen Arbeitsausfall eruieren zu können. Dies gilt sodann nicht nur für Mitarbeitende auf Abruf mit Schwankungen > 20%, sondern ebenso für Mitarbeitende mit Normalarbeitszeit und Schwankungen < 20%. Denn auch um eine Normalarbeitszeit, die nicht vertraglich fixiert ist, feststellen zu können, muss ein Anstellungsverhältnis mindestens sechs Monate andauern (vgl. oben Erw. 6.2.3; auch Urteil BGer 8C_379/2010 vom 28.2.2011 Erw. 2.1; in ARV 2011 S. 149 Nr. 9).

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die acht Angestellten würden in der Sommersaison bei einer Drittfirma arbeiten, seien also das ganze Jahr angestellt, ist dies nicht zu hören. Gemäss klarem Wortlaut von Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung müssen die Betroffenen seit mindes-

tens sechs Monaten beim antragstellenden Arbeitgeber angestellt sein. Zudem sind die Modalitäten der Anstellungen im Restaurant E. _____ in F. _____ nicht bekannt, auch wenn eine Anstellungsbestätigung vorliegt.

7.6.2 Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Skiliften und zugehörigem Kiosk und Restaurant ein klassischer Saisonbetrieb. Es ist nachvollziehbar, dass sie Personal nur für die Dauer der Wintersaison und damit insgesamt weniger als sechs Monate anstellt. Damit aber stellt sich die Frage, ob die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung diese - nicht kleine - Gruppe an Saisonangestellten effektiv vom Anspruch auf KAE ausschliessen wollte, da sie selten seit mindestens sechs Monaten angestellt sind.

Im Rahmen des Einspracheverfahrens verlangte die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin u.a. auch Stundenrapporte und Lohnabrechnungen der letzten drei Jahre (vgl. Vi-act. 161). Aus der Übersicht geleisteter Arbeitsstunden (Vi-act. 16) ergibt sich, dass vier Angestellte (G. _____, H. _____, I. _____, J. _____) nicht die erste Saison für die Beschwerdeführerin tätig sind. Sie alle weisen jeweils zusammengerechnet mehr als sechs Anstellungsmonate auf.

Für die Frage der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR oder die Frage der Kündigungsfrist nach Art. 335c OR werden die Zeiten von Saisoniers beim selben Arbeitgeber für die Anzahl Dienstjahre zusammengerechnet, soweit aus den Umständen nicht geschlossen werden muss, dass es sich um jeweils separate Arbeitsverhältnisse handelt (vgl. BGE 101 Ia 462 Erw. 2; BGE 129 III 619 Erw. 6.2, BSK-OR Portmann/Rudolph, Art. 324a N 15; Brühwiler Kommentar Einzelarbeitsvertrag, 3. Auflage, Art. 324a N 182). Dasselbe drängt sich auch vorliegend auf: Angestellte der Beschwerdeführerin, welche bereits mehrere Saisons angestellt sind und dadurch zusammengerechnet mehr als sechs Dienstmonate aufweisen, erfüllen die Voraussetzung der mindestens sechsmonatigen Anstellung gemäss Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung.

7.6.3 Damit aber haben jene Mitarbeitenden, welche über mehrere Saisons berechnet bereits mehr als sechs Monate bei der Beschwerdeführerin angestellt waren, die KAE-Voraussetzung der mindestens sechsmonatigen Anstellung erfüllt. Sie können damit Anspruch auf KAE haben unabhängig davon, ob ihre Arbeitszeit Schwankungen von mehr oder weniger als 20% aufweist, d.h. unabhängig davon, ob es sich um Mitarbeitende auf Abruf oder um solche mit Normalarbeitszeit innerhalb einer gewissen Bandbreite handelt. Hingegen ist für beide Anstellungsarten wesentliche Voraussetzung, dass das Anstellungsverhältnis mindestens sechs Monate dauerte, weshalb jene Angestellten, welche die erste Sai-

son bei der Beschwerdeführerin arbeiten (oder auch zusammengerechnet noch nicht sechs Monate), keinen Anspruch auf KAE haben können.

8. Die Beschwerde erweist sich damit insoweit begründet, als mehrere Angestellte die von der Vorinstanz negierte Voraussetzung der mindestens sechsmonatigen Anstellung erfüllen. Der Einspracheentscheid ist damit aufzuheben und die Sache zur Bestimmung des Arbeitsausfalles für diese Angestellten an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Art. 8f Abs. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; Weisung Nr. 2021/01 S. 19 c1/2).

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

10. Die obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung; bei teilweisem Obsiegen auf eine entsprechend reduzierte Entschädigung. Vorliegend ist die Beschwerde teilweise begründet, indem vier von acht Angestellten die Voraussetzung der mindestens sechsmonatigen Anstellung erfüllen. Es rechtfertigt sich daher, der anwaltschaftlich vertretenen Beschwerdeführerin einen Anspruch auf eine entsprechend reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. Sie wird in Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte vom 27. Januar 1975 (GebTRA; SRSZ 280.411), 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, in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf Fr. 1'000.-- (inkl. MwSt) festgelegt.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 20. Juli 2021 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Ermittlung des anrechenbaren Arbeitsausfalles und der Kurzarbeitsentschädigung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Vorinstanz hat der 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 Rechtschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).
5. Zustellung an:
 - den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (2/R)
 - die Vorinstanz (EB)
 - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 18. Januar 2022

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

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: 2. Februar 2022

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II

