

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2022 14

Entscheid vom 18. Juli 2022

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Dr.oec. Andreas Risi, Richter
Dr.iur. Frank Lampert, Richter
MLaw Joëlle Sigrist, Gerichtsschreiberin

Parteien

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

gegen

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

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Covid-19; Kurzarbeitsentschädigung)

Sachverhalt:

A. Die im März 2017 gegründete A._____ GmbH bezweckt hauptsächlich den Anbau, die Zucht, die Verarbeitung und den Vertrieb von natürlichen Produkten. Sie ist spezialisiert auf die Gewinnung, Produktion und Vermarktung von Cannabinoiden und Cannabinoidhaltigen Produkten. Die CBD-haltigen Produkte der Firma tragen die Marke C._____. D._____ ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer (Handelsregisterauszug, Bf-act. 4, 10, 11). Daneben ist D._____ auch alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der E._____ GmbH, die den Betrieb eines Detailhandelsgeschäfts, den Handel mit Lebensmitteln und anderen Konsumgütern, die Organisation, Vorbereitung und Durchführung von Veranstaltungen, die der Unterhaltung dienen sowie Musikproduktion bezweckt (vgl. www.zefix.ch; eingesehen am 28.6.2022) sowie der F._____ GmbH, welche die Planung, Organisation und Durchführung von kulturellen und künstlerischen Veranstaltungen, Beratung und Vermarktung von Künstlern und Persönlichkeiten und Erwerb der dazu notwendigen Rechte sowie Erbringung von dazugehörigen Dienstleistungen bezweckt (vgl. www.zefix.ch; eingesehen am 28.6.2022). Alle drei Firmen haben ihren Sitz an derselben Adresse in G._____ (vgl. auch Vi-act. 4).

B.1 Mit Voranmeldung von Kurzarbeit (aufgrund von behördlichen Massnahmen infolge Pandemie Covid-19) machte D._____ ab 1. September 2020 für den Gesamtbetrieb (4 Angestellte) der A._____ GmbH Kurzarbeit geltend und zwar voraussichtlich für einen Arbeitsausfall von 70+%. Im Gesuch wurde vermerkt, die Firma sei in der Branche "Event Agentur" tätig. Begründet wurde es wie folgt: "Wir sind eine Event Agentur und uns wurden zu 99% alle Aufträge abgesagt. Wir sind sehr bemüht, neue Kunden und Aufträge zu gewinnen" (Vi-act. 1).

B.2 Das Amt für Arbeit erhob mit Verfügung vom 2. September 2020 teilweise Einspruch, indem Kurzarbeitsentschädigung (KAE) für maximal drei Monate bewilligt wurde; für die Zeit ab 30. November 2020 sei eine neue Voranmeldung notwendig.

C. Am 25. März 2021 reichte D._____ für die A._____ GmbH ein weiteres Gesuch für KAE ab 20. April 2021 für alle drei Angestellten ein bei einem voraussichtlichen Arbeitsausfall von 50 bis 60% (nachdem bereits am 11.1.2021 eine Voranmeldung eingereicht wurde, welche nicht in den Akten liegt und nicht Streitgegenstand bildet). Die Firma sei in der Branche "Vertrieb Verkauf Aussen-dienst" tätig. Die Begründung lautete: "Wir kriegen durch die bestehenden Bestimmungen nicht mehr die Termine bei Kunden, da diese aus Sicherheitsgrün-

den keine Gäste mehr empfangen. Termine werden deshalb abgesagt. Es gibt keine Neukunden-Akquise mehr aus diesen Gründen." (Vi-act. 3).

D. Nach Einholen weiterer Informationen erhob das Amt für Arbeit mit Verfügung vom 12. Mai 2021 Einspruch gegen die Auszahlung von KAE ab dem 20. April 2021 (Vorankündigung vom 25.3.2021).

Mit Verfügung vom 17. Mai 2021 hob das Amt für Arbeit zudem gestützt auf Art. 53 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) vom 6. Oktober 2000 die Verfügung vom 2. September 2020 auf und es lehnte einen Anspruch auf KAE vom 1. September 2020 bis 30. November 2020 ab (Vi-act. 9 und 10).

E. Mit Stellungnahme vom 25. Mai 2021 bekundete D._____ sein Missfallen gegenüber der Ablehnung der KAE für die A._____ GmbH (Vi-act. 11), was das Amt für Arbeit als Einsprache entgegennahm (Vi-act. 12). Am 17. Juni 2021 erhob die H._____ AG für die A._____ GmbH Einsprache gegen die Verfügung vom 17. Mai 2021 (Vi-act. 15) und auf entsprechende Anfrage hin bestätigte D._____ am 22. Dezember 2021, die Eingabe vom 25. Mai 2021 habe sich auf die Verfügung vom 12. Mai 2021 bezogen (Vi-act. 21 und 22).

F. Mit Einspracheentscheid Nr. 243/21 vom 13. Januar 2022 vereinigte das Amt für Arbeit die beiden Einspracheverfahren, wies die beiden Einsprachen ab und bestätigte die Verfügungen vom 12. und 17. Mai 2021 (Vi-act. 26).

G. Am 14. Februar 2022 erhebt die A._____ GmbH beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde mit den Anträgen:

1. Es sei der Einspracheentscheid vom 13. Januar 2022 aufzuheben und der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung anzuerkennen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

H. Mit Vernehmlassung vom 3. März 2022 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

I. Die Beschwerdeführerin lässt am 25. Mai 2022, neu anwaltschaftlich vertreten, replizieren und die Anträge stellen:

1. Der Einspracheentscheid Nr. 243/21 des Amtes für Arbeit vom 13. Januar 2022 sei aufzuheben und es sei der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung vom 1. September 2020 bis 30. November 2020 sowie ab 21. April 2021 anzuerkennen.
2. Eventualiter sei der Einspracheentscheid Nr. 243/21 des Amtes für Arbeit vom 13. Januar 2022 aufzuheben und es sei der Anspruch der Beschwerdeführerin

auf Kurzarbeitsentschädigung vom 1. September 2020 bis 30. November 2020 anzuerkennen.

3. Subeventualiter sei der Einspracheentscheid Nr. 243/21 des Amts für Arbeit vom 13. Januar 2022 aufzuheben und es sei die Sache mit den erforderlichen Weisungen an die Vorinstanz zum Erlass eines neuen Einspracheentscheids zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. gesetzlicher MwSt.) zu Lasten der Vorinstanz.

J. Mit Duplik vom 22. Juni 2022 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde inkl. der Anträge aus der Replik sei vollumfänglich abzuweisen.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 2. September 2020 wurde die Arbeitslosenkasse ermächtigt, der Beschwerdeführerin bei Erfüllung der Voraussetzungen vom 1. September 2020 bis 30. November 2020 KAE auszubezahlen.

Auf die Voranmeldung von Kurzarbeit vom 25. März 2021 hin verweigerte die Vorinstanz mit Verfügung vom 12. Mai 2021 die Bewilligung von KAE für die Beschwerdeführerin ab 20. April 2021 und erhob entsprechend Einspruch.

Mit Verfügung vom 17. Mai 2021 hat die Vorinstanz zudem die Verfügung vom 2. September 2020 gestützt auf Art. 53 ATSG aufgehoben und den Anspruch auf KAE vom 1. September 2020 bis 30. November 2020, die bereits ausbezahlt war (Vi-act. 23 - 25), abgelehnt.

Auf Einsprache hin hat die Vorinstanz die Verfügungen vom 12. und 17. Mai 2021 mit dem Einspracheentscheid vom 13. Januar 2022 bestätigt. Gemäss Beschwerdeführerin erfolgte die am 17. Mai 2021 verfügte Aufhebung der Verfügung vom 2. September 2020 und der Einspruch vom 12. Mai 2021 zu Unrecht.

Auch wenn die Vorinstanz die beiden Einsprachen vereinigt und darüber in einem Entscheid befunden hat, gilt es nachfolgend getrennt zu prüfen, ob die Vorinstanz einerseits zu Recht die Verfügung vom 2. September 2020 revisions- oder wiedererwägungsweise aufgehoben hat und ob andererseits zu Recht Einspruch gegen die Kurzarbeit ab 20. April 2021 erhoben wurde.

2.1 Gegen die Voranmeldung von Kurzarbeit vom 21. August 2020 (Vi-act. 1) hatte die Vorinstanz keinen Einspruch erhoben (bzw. lediglich soweit KAE für länger als drei Monate angebeht wurde), mithin die Anspruchsvoraussetzungen als erfüllt beurteilt. Die Arbeitslosenkasse wurde ermächtigt, vom 1. September 2020 bis 30. November 2020 KAE auszubezahlen, soweit die weiteren Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (Vi-act. 2).

Am 30. September 2020 resp. 9. Oktober 2020 reichte die Beschwerdeführerin bei der Arbeitslosenkasse den Antrag und die Abrechnung von KAE für September 2020 ein; am 30. Oktober 2020 für Oktober 2020 und am 1. Dezember 2020 für den Monat November 2020. Gestützt auf die Verfügung/Bewilligung vom 2. September 2020 wurden die Anträge geprüft und die KAE am 12. Oktober 2020 resp. 13. November 2020 und 3. Dezember 2020 ausbezahlt (Vi-act. 23 - 25).

2.2.1 In der Verfügung vom 17. Mai 2021 (Vi-act. 10) informierte die Vorinstanz, sie habe anlässlich der Voranmeldung von Kurzarbeit vom 28. März 2021 das gesamte Dossier der Beschwerdeführerin vertieft angeschaut. Dabei habe sie festgestellt, dass die Beschwerdeführerin in der Voranmeldung vom 21. August 2020 falsche Angaben gemacht habe. Als Branche sei "Event Agentur" genannt worden und der Arbeitsausfall sei damit begründet worden, dass ihr als Event Agentur 99% aller Aufträge abgesagt worden seien; man sei bemüht, neue Kunden und Aufträge zu gewinnen (vgl. auch Ingress Bst. B.1). Gestützt auf diese Begründung habe die Vorinstanz keine Rückfragen gestellt, da der Arbeitsausfall bei einer Event Agentur mangels Events im September 2020 nachvollziehbar gewesen sei. Die Beschwerdeführerin sei aber gar keine Event Agentur, sondern bezwecke den Anbau, die Zucht, die Verarbeitung und den Vertrieb von natürlichen Produkten. Die aus den Falschangaben resultierende Verfügung vom 2. September 2020 werde daher nach Art. 53 ATSG aufgehoben. Zudem wurde aufgrund der neuerlichen Prüfung das Bestehen eines anrechenbaren Arbeitsausfalls und damit ein KAE-Anspruch für die Zeit vom 1. September 2020 bis 30. November 2020 verneint.

2.2.2 Mit dem Einspracheentscheid vom 13. Januar 2022 wurde beides, d.h. sowohl die Revision/Wiedererwägung als auch die Nichterfüllung der Anspruchsvoraussetzungen bestätigt, ohne dabei näher auf den Rückkommenstitel nach Art. 53 ATSG einzugehen.

2.2.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz könne die rechtskräftige Verfügung vom 2. September 2020 nicht einfach mit dem Hinweis, die Beschwerdeführerin habe nachweislich falsche Angaben gemacht, aufheben. D. _____ habe auch für die F. _____ GmbH, seine Event Agentur, Kurzarbeit vorangemeldet. Bedauerlicherweise habe er dann für die Voranmeldung für die Beschwerdeführerin den Text und die Branche im Formular nicht angepasst. Es handle sich um einen klassischen copy/paste-Fehler. Dies zeige sich auch daran, dass D. _____ dies der Vorinstanz telefonisch gemeldet und sich entschuldigt habe und dass die Voranmeldung vom 28. März 2021 korrekt ausgefüllt

sei. Der Zweck der Beschwerdeführerin ergebe sich aus dem Handelsregister (www.zefix.ch) klar. Ein kurzer Blick der Vorinstanz in dieses hätte Klarheit gebracht. Ganz offensichtlich habe die Vorinstanz selbst diese grundlegende Abklärung nicht vorgenommen; sie habe damit die Sachverhaltsabklärung nur ungenügend vorgenommen. Es könne nicht sein, dieses Versäumnis nun der Beschwerdeführerin anzuhängen. Das Formular sei zweifellos fehlerhaft ausgefüllt worden; aber für die Vorinstanz wäre es ein Leichtes gewesen, den Fehler zu erkennen und die Beschwerdeführerin noch vor Erlass der Verfügung damit zu konfrontieren. Die Verfügung könne daher nun nicht einfach aufgehoben werden.

2.3.1 Formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide müssen in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war (Art. 53 Abs. 1 ATSG). Der Versicherungsträger kann zudem auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG).

2.3.2 Gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG müssen formell rechtskräftige Verfügungen in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war. Diese prozessuale Revision betrifft das nachträgliche Zurückkommen auf eine formell rechtskräftige Verfügung, welche auf von Anfang an fehlerhaften tatsächlichen Grundlagen beruht (BGE 115 V 308 Erw. 4a). Die anfängliche Unrichtigkeit basiert nicht auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung, sondern darauf, dass bestimmte Tatsachen oder Beweismittel nicht bekannt waren und im früheren Verfahren trotz hinreichender Sorgfalt auch nicht vorgebracht werden konnten (BSK ATSG-Flückiger, Art. 53 N 18).

Bei den neuen Tatsachen handelt es sich um solche, die im Zeitpunkt der Entscheidungsfällung bereits vorlagen, jedoch unverschuldeterweise unbekannt waren oder unbewiesen blieben (BGE 144 V 245 Erw. 5.2; BGE 119 V 180 Erw. 3a; Urteil BGer 8C_93/2007 vom 29.2.2008 Erw. 2.2). Sie dürfen trotz hinreichender Sorgfalt nicht bekannt gewesen sein; bei zumutbarer Sorgfalt vermeidbare Versäumnisse im Rahmen des ordentlichen Verfahrens können nicht auf dem Weg der prozessualen Revision von Verfügungen nachgeholt werden (VGE II 2021 53 Erw. 5.4.2). Die Erheblichkeit der neuen Tatsache spricht deren Eignung an, die tatsächliche Grundlage der Verfügung so zu ändern, dass bei erneuter Entscheidungsfällung ein anderer Entscheid resultiert (vgl. BGE 143 V 105 Erw. 2.3). Ei-

ne neue Würdigung einer bereits bestehenden Tatsache ist hingegen keine neue Tatsache (Kieser, ATSG Kommentar, 3. Auflage, Art. 53 Rz. 25).

Neue Beweismittel haben entweder dem Beweis der die Revision begründenden neuen erheblichen Tatsachen oder dem Beweis von Tatsachen zu dienen, die zwar im früheren Verfahren bekannt gewesen, aber zum Nachteil des Gesuchstellers unbewiesen geblieben sind (vgl. BGE 144 V 245 Erw. 5.2). D.h., die Revision ist auch zulässig aufgrund eines neuen Beweismittels, das aus der Zeit nach dem Entscheid datiert, sofern es sich auf eine Tatsache bezieht, welche die Grundlage des Entscheides bildet (Kieser, a.a.O., Art. 53 Rz. 11).

Bei Vorliegen eines Revisionsgrundes ist von Amtes wegen ein Revisionsverfahren einzuleiten, es bedarf keines entsprechenden Gesuches (Kieser, a.a.O., Art. 53 Rz. 35). Im Übrigen ist eine relative Revisionsfrist von 90 Tagen zu beachten, welche mit der Entdeckung des Revisionsgrundes zu laufen beginnt. Die absolute zehnjährige Frist beginnt mit der Eröffnung des Entscheides zu laufen (Art. 67 VwVG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 ATSG; BGE 143 V 105 Erw. 2.1; Kieser, a.a.O., Art. 53 Rz. 38). Da die Revisionsfrist nach Art. 67 Abs. 1 VwVG auf Revisionsbegehren Bezug nimmt, hat das Verwaltungsgericht festgehalten, die Behörde habe ihrerseits zur Einhaltung der relativen Frist innert 90 Tagen zwar noch keinen Revisionsentscheid zu fällen, aber mindestens den betroffenen Parteien mitzuteilen, dass eine Revision in Betracht gezogen werde (VGE 300/04 vom 12.2.2004 Erw. 2.4). Wird sie innert Frist nicht in diesem Sinne tätig, kann sie eine rechtskräftige Verfügung nicht mehr in Revision ziehen (vgl. VGE II 2017 113 vom 20.2.2018 Erw. 1.2.2; VGE I 2020 89 vom 12.4.2021 Erw. 1.3.5; VGE I 2016 44 vom 5.9.2016 Erw. 5.1; VGE II 2021 53 vom 20.9.2021 Erw. 5.4.2; BGE 143 V 105 Erw. 2.3; Urteile BGer 8C_200/2020 vom 5.6.2020 Erw. 5.2.1; 8C_434/2011 vom 8.12.2011 Erw. 3).

2.3.3 Die Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG betrifft die anfängliche rechtliche Unrichtigkeit einer formell rechtskräftigen Verfügung. Demgemäss kann die Verwaltung jederzeit auf formell rechtskräftige Verfügungen zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Es soll ein Rechtsanwendungsfehler korrigiert werden, der in einem Rechtsfehler oder einem Abklärungsfehler bestehen kann (BSK ATSG-Flückiger, Art. 53 N 56). Die Wiedererwägung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts. Darunter fallen insbesondere eine Leistungszusprache ohne oder in unrichtiger Anwendung der massgeblichen Bestimmungen und eine unvollständige Sachverhaltsabklärung aufgrund einer kla-

ren Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 43 Abs. 1 ATSG; BGE 148 V 195 Erw. 5.3; Urteil BGer 9C_346/2019 vom 6.9.2019 Erw. 2.2 mit Hinweisen).

Zweifellose Unrichtigkeit meint dabei, dass kein vernünftiger Zweifel an der (von Beginn weg bestehenden) Unrichtigkeit der Verfügung möglich ist. Es ist nur ein einziger Schluss - derjenige auf die Unrichtigkeit der Verfügung - denkbar (BGE 138 V 324 Erw. 3.3; Urteil BGer 8C_72/2020 vom 26.8.2020 Erw. 6.1 mit Hinweisen). Da es um die anfängliche Unrichtigkeit geht, ist diese aus damaliger Sicht zu beurteilen. Massgebend sind die damalige Sach- und Rechtslage, einschliesslich der damaligen Gerichts- und Verwaltungspraxis. Eine Wiedererwägung aufgrund späterer Erkenntnisse ist unzulässig (BGE 117 V 8 Erw. 2c; Urteil BGer 8C_347/2011 vom 11.8.2011 Erw. 4.1 und 4.2). Zweifellose Unrichtigkeit scheidet aus, soweit ermessensgeprägte Teile der Anspruchsprüfung vor dem Hintergrund der Sach- und Rechtslage in vertretbarer Weise beurteilt worden sind (BGE 148 V 195 Erw. 5.3; BGE 141 V 405 Erw. 5.2).

Zweifellose Unrichtigkeit liegt zunächst dann vor, wenn eine Leistungszusprache oder -verweigerung aufgrund falscher Rechtsregeln erfolgt ist oder wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden. Ob dies zutrifft, beurteilt sich nach der bei Erlass der Verfügung bestandenen Sach- und Rechtslage, einschliesslich der damaligen Rechtspraxis. Die Leistungszusprache muss sich dabei als auch im Ergebnis zweifellos unrichtig erweisen.

Ein zweifellos unrichtiger Entscheid liegt auch dann vor, wenn auf der damaligen sachverhaltlichen Grundlage keinesfalls über den Anspruch hätte entschieden werden dürfen, sondern ergänzende Abklärungen zwingend gewesen wären. Die Wiedererwägung erfasst auch solche "Abklärungsfehler" und damit indirekt eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung. Die zweifellose Unrichtigkeit ergibt sich hier aus einer klaren Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes. Der Rechtsfehler liegt darin, dass erkennbarerweise eine Abklärungslücke bestand, die zwingend durch ergänzende Untersuchungen hätte geschlossen werden müssen (BSK ATSG-Flückiger, Art. 53 N 71). In diesen Fällen erübrigt sich eine Prüfung, ob der damalige Entscheid auch im Ergebnis zweifellos unrichtig war; der Wiedererwägungsgrund folgt schon daraus, dass es zweifellos unrichtig war, den Entscheid auf dieser (falschen) sachverhaltlichen Grundlage so zu fällen (BSK ATSG Flückiger, Art. 53 N 75 mit Hinweis auf Urteil BGer 8C_456/2017 vom 23.2.2018 Erw. 3.1).

Sind die Voraussetzungen der Wiedererwägung erfüllt, sind in einem zweiten Schritt die Anspruchsberechtigung und allenfalls der Umfang des Anspruchs zu prüfen. Dabei ist auf der Grundlage eines richtig und vollständig festgestellten Sachverhalts der Leistungsanspruch allseitig, unter Berücksichtigung des gesam-

ten für die Leistungsberechtigung ausschlaggebenden Tatsachenspektrums, zu prüfen (BGE 144 I 103 Erw. 4.4.1).

2.4.1 Vorliegend gilt es folgendes vorzuschicken: Mit Verfügung vom 2. September 2020 hat die Vorinstanz keinen Grund gesehen, gegen die Auszahlung von KAE Einspruch im Sinne von Art. 36 Abs. 4 AVIG zu erheben. Mithin hat sie die Kurzarbeit vom 1. September 2020 bis 30. November 2020 bewilligt unter der Voraussetzung, dass die Beschwerdeführerin dann effektiv KAE beantragt und die Arbeitslosenkasse die Voraussetzungen für KAE als erfüllt beurteilt (vgl. Vi-act. 2). In der Tat hat dann die Beschwerdeführerin bei der Arbeitslosenkasse je für die Monate September, Oktober und November 2020 KAE beantragt, die Kasse hat den Anspruch bzw. die Anspruchsvoraussetzungen geprüft und KAE ausbezahlt (vgl. Vi-act. 23 - 25).

Für die fragliche Periode liegen damit mehrere Verfügungen vor. Zum einen die Kurzarbeitsbewilligung (Verzicht auf Einspruch) der Vorinstanz vom 2. September 2020 und zum andern die (formlosen) Verfügungen der Arbeitslosenkasse betreffend die effektive Gewährung von KAE je für die Monate September, Oktober und November 2020.

Mit der Verfügung vom 17. Mai 2021 (bestätigt durch den Einspracheentscheid vom 13.1.2022) hat die Vorinstanz nun die Kurzarbeitsbewilligung vom 2. September 2020 aufgehoben. D.h. sie hat im Sinne von Art. 36 Abs. 4 AVIG 'nachträglich' Einspruch erhoben bzw. die Bewilligung aufgehoben, da sie bei neuerlicher Prüfung eine oder mehrere Anspruchsvoraussetzungen als nicht erfüllt beurteilt hat. Davon vorerst unberührt sind die (formlosen) KAE-Verfügungen der Arbeitslosenkassen. Mithin ist die Arbeitslosenkasse auf ihre Leistungsverfügungen (noch) nicht zurückgekommen, sondern die Vorinstanz hat die Bewilligung aufgehoben. Ebenso wenig wurde (bislang) eine Rückforderung der bereits ausbezahlten KAE verfügt, wozu letztlich die Arbeitslosenkasse und nicht die Vorinstanz zuständig ist.

2.4.2 Die Aufhebung der Kurzarbeitsbewilligung vom 2. September 2020 begründete die Vorinstanz in der Verfügung vom 17. Mai 2021 damit, dass die Voranmeldung von Kurzarbeit vom 21. August 2021 nur deshalb ohne Rückfragen gutgeheissen worden sei, weil die Beschwerdeführerin nachweislich falsche Angaben gemacht habe. Deshalb werde die Verfügung nach Art. 53 ATSG aufgehoben (vgl. Vi-act. 10; oben Erw. 2.2.1). Im Einspracheentscheid vom 13. Januar 2022 wurde dies wiederholt (Vi-act. 26).

2.4.3 Weder in der Verfügung vom 17. Mai 2021 noch im Einspracheentscheid geht die Vorinstanz auf die Voraussetzungen der Rückkommenstitel der Revision

(Art. 53 Abs. 1 ATSG) oder der Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) ein (vgl. oben Erw. 2.3.1 ff.). Sie legt sich schon gar nicht fest, ob die Verfügung vom 2. September 2020 revisions- oder wiedererwägungsweise aufgehoben wurde. Damit aber war es der Beschwerdeführerin nicht möglich, die rechtlichen Gründe der Aufhebung der Verfügung nachzuvollziehen, die Rechtmässigkeit zu prüfen und gegebenenfalls eine begründete Beschwerde einzureichen und darzulegen, warum aus ihrer Sicht das Zurückkommen auf die Verfügung vom 2. September 2020 nicht rechtens war. Und ebensowenig vermag das Gericht zu überprüfen, ob die Vorinstanz die Voraussetzungen der Rückkommenstitel korrekt geprüft und die Verfügung zu Recht aufgehoben hat. Es liegt in diesem Sinne eine Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) vor. Es handelt sich dabei um ein Recht formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde sowie zur Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides (vgl. BGE 144 I 11 Erw. 5.3). Ausnahmsweise kann der Mangel geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Vorliegend entfällt allerdings diese Möglichkeit, nachdem die Vorinstanz sich auch im vorliegenden Verfahren nicht konzis zum Rückkommenstitel äussert und es letztlich auch für das Gericht nicht möglich ist, die Voraussetzungen zu überprüfen (vgl. etwa auch, dass die Vorinstanz in einer E-Mail vom 13.4.2021 [Vi-act. 4] auf Stellungnahmen von D._____ vom 11.11.2020 und 19.1.2021 verweist, welche nicht bei den Akten liegen. Es bleibt daher unklar, ob die dem Gericht eingereichten Akten vollständig sind).

2.4.4 Es bleibt daher dabei, den Einspracheentscheid vom 13. Januar 2022 insoweit aufzuheben und die Sache zur vertieften Prüfung und insbesondere nachvollziehbaren Begründung an die Vorinstanz zurückzuweisen, als die Aufhebung der Verfügung vom 2. September 2020 "nach Art. 53 ATSG" bestätigt wurde. Es wird Sache der Vorinstanz sein, klarzustellen, ob die Verfügung revisions- oder wiedererwägungsweise aufgehoben wird, sowie nachvollziehbar zu begründen, inwiefern die entsprechenden Voraussetzungen hierzu erfüllt sind.

2.5 Mit Blick auf die in der Verfügung vom 17. Mai 2021 angefügten Begründung (und die Rückweisung an die Vorinstanz) ist immerhin folgendes anzufügen:

Die Vorinstanz begründet die Aufhebung mit der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin in der Voranmeldung falsche Angaben gemacht habe (Branche Event Agentur; 99% der Aufträge gestrichen), sie diese Begründung als plausibel erachtet und daher auf Rückfragen verzichtet habe und nur deswegen die Kurzar-

beit bewilligt habe. Korrekt wäre die Branche Vertrieb, Verkauf und Aussendienst gewesen. Dies habe die Vorinstanz erst aufgrund der vertieften Prüfung des ganzen Dossiers nach der Voranmeldung vom März 2021 realisiert.

Es bleibt unklar, ob die Vorinstanz darin einen Revisionsgrund sieht, weil sie erst nach Verfügungserlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel aufgefunden hat (vgl. oben Erw. 2.3.2) oder aber ob sie darin einen zweifellosen Rechtsanwendungsfehler im Sinne eines Abklärungsfehlers, einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes sieht und die Verfügung in Wiedererwägung zog (vgl. oben Erw. 2.3.3). Je nachdem sind die Voraussetzungen aber andere.

Sollte die Vorinstanz eine prozessuale Revision in Betracht ziehen, wird sie insbesondere (aber nicht nur) nachzuweisen haben, dass ihr die Fehlerhaftigkeit der Voranmeldung bzw. die korrekte Branche der Beschwerdeführerin trotz hinreichender Sorgfalt nicht bekannt sein konnte und die Revisionsfrist eingehalten ist (vgl. dazu auch nachfolgend). Macht sie aber Wiedererwägung geltend, so wird sie aufzuzeigen haben, dass die Verfügung effektiv zweifellos ursprünglich fehlerhaft war, weil sie auf einem in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ermittelten Sachverhalte basierte und nicht etwa bloss, weil der tatsächliche, bekannte Sachverhalt (weil der Zweck der A._____ GmbH aufgrund früherer Anmeldungen und des Handelsregisterauszuges bekannt war; vgl. auch dazu nachfolgend) mit Blick auf mögliche Kurzarbeit abweichend gewürdigt wurde.

Der vorinstanzlichen Behauptung, es seien in Anbetracht der vermeintlich klaren Voranmeldung keine Rückfragen erfolgt, kann aufgrund der Akten so nicht gefolgt werden (vgl. Vi-act. 1). Mit der Kopie der Voranmeldung vom 21. August 2020 reicht die Vorinstanz einen Handelsregisterauszug der Beschwerdeführerin vom 24. August 2020 ein, welchen somit sie selbst ausgedruckt hat. Daraus ist sofort erkennbar, dass die Beschwerdeführerin keine Event Agentur ist (vgl. auch Ingress Bst. A). Zudem stellte die Vorinstanz am 24. August 2020 sehr wohl Rückfragen an die Beschwerdeführerin. Dies, weil D._____ sowohl für die F._____ GmbH als auch die A._____ GmbH die 'Weiterführung' von Kurzarbeit per 1. September 2020 beantragt habe. Bei der Beschwerdeführerin seien bisher 3 Mitarbeitende betroffen gewesen, neu sollen es ab 1. September 2020 4 Personen sein. Daraus erhellt unweigerlich, dass erstens die Beschwerdeführerin der Vorinstanz bereits bekannt war und zweitens sich die Vorinstanz offenkundig auch mit den Anspruchsvoraussetzungen auseinandergesetzt hat. Ob auch die früheren Voranmeldungen für die Beschwerdeführerin eine falsche Branche und falsche Begründung enthielten, kann das Gericht mangels Akten nicht beurteilen. Es ist auf jeden Fall nicht erwiesen, dass die Vorinstanz tatsächlich von einem falschen Sachverhalt ausging. Falls doch, wäre namentlich bei der

Revision eine Frist zu wahren (90 Tage), weshalb ebenso von Bedeutung sein könnte, wie die weiteren Voranmeldungen vor jener im März 2021 formuliert waren. Auch diese sind dem Gericht nicht bekannt.

Die Rückfrage der Vorinstanz vom 24. August 2020 beantwortete die Beschwerdeführerin noch gleichentags (vgl. Vi-act. 1). Aus der Antwort erhellt, dass sie noch am Tag der Voranmeldung (21.8.2020) in telefonischem Kontakt mit der Arbeitslosenkasse gewesen sei. Was genau besprochen wurde, ob nur die Problematik der Ersatzanstellung oder auch die fehlerhafte Voranmeldung (wofür er sich gemäss Beschwerdeschrift telefonisch entschuldigt habe), geht aus der Antwort nicht hervor. Es könnte dies aber allenfalls für die Beurteilung entscheidungsrelevant sein (vgl. betreffend Aktenführungspflicht bei telefonischem Kontakt und betreffend Vertrauensgrundsatz Urteil BGer 8C_545/2021 vom 4.5.2022 Erw. 3.2 und 5).

Im angefochtenen Einspracheentscheid wird die Aufhebung auch mit der per Oktober 2020 getätigten Ersatzanstellung begründet. Da diese indes erst nach Erlass der Verfügung vom 2. September 2020 erfolgt ist, kann sie ohnehin kein Grund für die revisions- oder wiedererwägungsweise Aufhebung der Kurzarbeitsbewilligung sein, fehlt es doch an der anfänglichen Fehlerhaftigkeit. Ob diese Ersatzanstellung ggfs. ein Zurückkommen auf die (formlose) Verfügung von Kurzarbeitsentschädigung der Arbeitslosenkasse rechtfertigen würde, kann hier offen bleiben.

Was die per 1. August 2020 erfolgte (Ersatz-)Anstellung anbelangt, so fällt auf, dass sich die von der Beschwerdeführerin am 24. August 2020 (Vi-act. 1) gegebene Begründung und jene, welche mit der Replik eingereicht wurde (Bf-act. 17), widersprechen. Je nachdem handelt es sich nicht nur um Ersatzanstellungen, sondern gar um einen Personalausbau (vgl. dazu auch nachfolgend). Andererseits steht fest, dass die Vorinstanz bereits im Zeitpunkt der Kurzarbeitsbewilligung wusste, dass im August 2020 eine Ersatzanstellung erfolgt ist.

3. Mit dem Einspracheentscheid vom 13. Januar 2020 wurde ebenso die Verfügung vom 12. Mai 2021 bestätigt, mit welcher die Bewilligung von Kurzarbeit ab 20. April 2021 (Voranmeldung vom 25.3.2021) verweigert wurde. Die Vorinstanz gelangte dabei zum Schluss, dass kein anrechenbarer Arbeitsausfall vorliege und die KAE daher nicht bewilligt werden könne. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies.

3.1.1 Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (KAE), wenn u.a. der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 31 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über

die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die 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 zudem 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).

Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall insbesondere dann, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen wie Reinigungs-, Reparatur- oder Unterhaltsarbeiten sowie andere übliche und wiederkehrende Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG) oder wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der KAE ausschliessen (ARV 1997 Nr. 12 S. 65, mit Verweisen).

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 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).

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 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 129 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 286 Erw. 2b; 119 V 121 Erw. 5b; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 24, S. 76 ff.).

3.2 Die Covid-Pandemie kann in zweierlei Hinsicht Grund eines anrechenbaren Arbeitsausfalls sein. Dies sowohl als wirtschaftlicher Grund im Sinne von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG als auch aufgrund behördlicher Massnahmen gemäss Art. 32 Abs. 3 AVIG.

3.2.1 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. Demnach sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG als wirtschaftliche Gründe anrechenbar.

Soweit zu Beginn der Pandemie der schlichte Hinweis auf diese als Begründung für KAE ausreichend war (vgl. noch SECO-Weisung 2020/10 vom 22. Juli 2020 Ziff. 2.2), musste der Arbeitgeber später glaubhaft darlegen können, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen sind. Entsprechend verlangte bereits die SECO-Weisung 2020/12 vom 27. August 2020 vom Arbeitgeber eine entsprechende, glaubhafte Begründung; der einfache Hinweis genügte nicht mehr (SECO-Weisung 2020/12 Ziff. 2.2; vgl. Urteil Sozialversicherungsgerichtshof FR 605 2021 61 vom 11.10.2021 Erw. 2.2).

3.2.2 Die durch die Behörde ergriffenen Massnahmen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie fallen sodann 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. die Weisungen des Seco Aktualisierung "Sonderregelung aufgrund der Pandemie" 2020/10, S. 8; 2020/15, S. 9; 2021/07, S. 10).

3.2.3 Gemäss der SECO-Weisung Aktualisierung "Sonderregelung aufgrund der Pandemie" entfiel mit der schrittweisen Lockerung für die betroffenen Betriebe in den meisten Fällen die behördliche Massnahme als Begründung eines Anspruches auf KAE. Als Ausfluss der Schadenminderungspflicht waren die Unternehmungen grundsätzlich gehalten, den Betrieb wieder aufzunehmen, sobald dies erlaubt war. In der Weisung werden indes mehrere Ausnahmen aufgeführt (Weisung 2020/10 vom 22.7.2020, Ziff. 2.5). So kann grundsätzlich weiterhin ein Anspruch auf KAE bestehen, wenn ein Betrieb aufgrund der geltenden Massnahmen zum Gesundheitsschutz nur einen Teil der Arbeitnehmenden beschäftigen kann. Dann ist der Anspruch auf KAE für Arbeitsausfälle von Arbeitnehmenden gegeben, die nur teilweise oder nicht beschäftigt werden können. Sodann besteht ein Anspruch auf KAE, wenn ein Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen nur einen Teil der Arbeitnehmenden beschäftigen kann oder es gelingt ihm nicht, die für eine vollständige Wiederaufnahme / Weiterführung seiner Tätigkeit notwendigen Produkte zu beschaffen, weshalb nur ein Teil beschäftigt werden kann. Anzuerkennen ist ein Arbeitsausfall auch, wenn es objektiv unmöglich ist, die notwendigen Verhaltens- und Hygienemassnahmen umzusetzen und wenn ein Be-

trieb plausibel darlegen kann, dass der Verlust bei Weiterführung grösser ist als bei vorübergehender Schliessung. Anzuerkennen sind auch indirekte Folgen von behördlichen Massnahmen, wenn etwa ein Restaurant nicht öffnen kann, da es nur über ein Angebot erschlossen ist, das einem Betriebsverbot unterliegt. Schliesslich hat auch ein Betrieb Anspruch auf KAE, der plausibel darlegen kann, dass die Erfüllung behördlicher Auflagen einen wirtschaftlichen Betrieb verunmöglicht (z.B. Öffnungszeit bis 19 Uhr für Restaurant, das den Grossteil des Umsatzes am Abend erzielt) und der Verlust bei teilweiser Weiterführung grösser ist als bei vorübergehender Schliessung. Zudem versteht sich von selbst, dass auch während der Pandemie die allgemeinen Voraussetzungen zur KAE weiterhin Geltung haben, namentlich etwa, dass bei Kurzarbeit, welche auf das normale Betriebsrisiko eines Arbeitgebers zurückzuführen ist, kein Anspruch auf Entschädigung besteht (vgl. oben Erw. 3.1.1 ff.).

3.3 Wie das Verwaltungsgericht in früheren Entscheiden bereits ausführte, stellen Umsatzeinbussen keine Arbeitsausfallstunden dar und sie bilden für sich alleine keine Grundlage für die Ausrichtung von KAE (vgl. VGE II 2020 108 vom 1.2.2021 Erw. 2.1 und 2.2; VGE II 2021 47 vom 13.7.2021 Erw. 3.3). Kann aber das Personal oder ein Teil davon aufgrund anzuerkennender Gründe (vgl. zuvor Erw. 3.2) nicht arbeiten, besteht ein Anspruch auf KAE (VGE II 2020 108 vom 1.2.2021 Erw. 3.5).

4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihre Produkte (Bio-Hanfprodukte im Bereich Nahrungsmittel, Kosmetik, Medizin) würden vorwiegend in Apotheken und Reformhäusern vertrieben. Durch die behördlichen Massnahmen sowie die steigenden Fallzahlen sei es zu einer massiven Abnahme von Aufträgen und daraus folgend zu einem Umsatzrückgang gekommen. Bei vielen Apotheken habe die Bereitschaft gefehlt, Termine zu vereinbaren, um die Produkte vorzustellen. Sie hätten jeweils die Auskunft gegeben, momentan Wichtigeres zu tun zu haben und mit Covid-Tests beschäftigt zu sein. Dadurch hätten die Angestellten der Beschwerdeführerin nicht mehr zum vereinbarten Pensum beschäftigt werden können.

Sie sei wohl nicht direkt, aber doch indirekt von behördlichen Massnahmen betroffen gewesen. Der Nachfragerückgang sei klar auf die Covid-Pandemie zurückzuführen. Der Bund habe die Anzahl Personen in Innenräumen beschränkt und es habe Maskenpflicht und Abstandhalten gegolten. Potenzielle Kunden seien daher nicht bereit gewesen, Verkaufsgespräche zu führen. Dies aufgrund der Kapazitätsbeschränkungen, der Abstandsregeln und mangels Zeit wegen eigener Personalausfällen und anderer Beschäftigungen wie Covid-Tests. Die Apotheken hätten weder ein Bedürfnis noch Zeit gehabt, Aussendienstmitarbeitende

der Beschwerdeführerin zu empfangen, was die Apotheken und die Angestellten der Beschwerdeführerin schriftlich bestätigen würden. Mit ihren Bio-Hanf-Produkten, zu welchen eine gewisse Skepsis bestehe, sei die Beschwerdeführerin aber auf persönliche Verkaufsgespräche angewiesen, um auch die Seriosität und Qualität untermauern zu können.

Die Festhaltung der Vorinstanz, Aussendienstmitarbeitende hätten naturgemäss einen hohen Aufwand zu betreiben und müssten die Tätigkeiten in wirtschaftlich anspruchsvollen Zeiten gar forcieren, möge allgemein zutreffen. Im konkreten Fall der Beschwerdeführerin mit natürlichen Bio-Hanf-Produkten sei man indes auf den Vertrieb über Apotheken, Drogerien und Reformhäuser angewiesen. Wenn diese Termine wegen behördlichen Massnahmen und die dadurch entstandene Unsicherheit wegfielen, sei es für einen Betrieb wie die Beschwerdeführerin in so kurzer Zeit nicht möglich, neue rentable Absatzkanäle zu finden. Es könne sich für ein Unternehmen, das auf Verkaufstermine mit Apotheken etc. angewiesen sei, nicht um eine normale Situation handeln, wenn sämtliche Termine abgesagt würden. Die behördlichen Massnahmen hätten indirekt starken Einfluss auf die Arbeitslast und damit die Arbeitszeit der Mitarbeitenden. Es handle sich nicht um eine vermeidbare Situation. Die Covid-Pandemie und die Zeit während den behördlich veranlassten Schliessungen sei zweifelsfrei eine aussergewöhnliche Situation, die nicht die Beschwerdeführerin zu verantworten habe.

Zu Unrecht werfe ihr die Vorinstanz eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vor, weil man per 1. August 2020 und per 1. Oktober 2020 zwei Angestellte eingestellt habe. Bei beiden handle es sich um Ersatzanstellungen, weshalb keine Verletzung der Schadenminderungspflicht vorliege. Sie habe die Anzahl Mitarbeitende nie aufgestockt. D. _____ habe sich telefonisch bei der Arbeitslosenkasse nach der Zulässigkeit erkundigt und I. _____ habe bestätigt, dass Ersatzanstellungen zulässig seien. Auch habe man bereit sein wollen, wenn der Betrieb nach den pandemiebedingten Einschränkungen wieder losgehe. Aus unternehmerischer Sicht sei es nicht zumutbar gewesen, die Mitarbeiterzahl zu reduzieren. Zudem habe man sich mit der Anstellung von J. _____, welche im Pferdesport aktiv sei, den Zugang zum Tierproduktmarkt erschliessen bzw. das Geschäftsfeld vergrössern wollen.

Es sei zutreffend, dass man im ersten Quartal 2021 einen guten Umsatz habe erzielen können. Dies bedeute aber nicht, dass es zu keinem Arbeitsausfall gekommen sei. Die Beschwerdeführerin sei kein Dienstleistungsbetrieb, sondern Herstellerin von Bio-Hanf-Produkten. Bei niedrigem Umsatz sei grundsätzlich von einem tiefen Arbeitsanfall auszugehen. Umgekehrt gelte dies nicht. So könne

man mit der Akquise eines Grosskunden einen guten Umsatz erzielen, aber trotzdem nicht genügend Arbeit für die Beschäftigung der Mitarbeitenden haben. Denn die Arbeit sei bereits angefallen, wenn der Umsatz generiert werde. So sei es auch bei der Beschwerdeführerin gewesen.

Damit steht für die Beschwerdeführerin fest, dass ab dem 20. April 2021 ein anrechenbarer Arbeitsausfall vorgelegen habe, weshalb sie Anspruch auf KAE habe.

4.2 Auch die Beschwerdeführerin macht damit nicht geltend, behördliche Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-Pandemie hätten bei ihr direkt zu einem Arbeitsausfall geführt. Sie war weder in der Herstellung ihrer Produkte noch deren Vertrieb durch Massnahmen direkt gehindert. Die Beschwerdeführerin macht denn auch eine indirekte Betroffenheit geltend. Der Arbeitsausfall ihrer Angestellten sei indirekte Folge der behördlichen Massnahmen, indem ihre potentiellen Kunden wegen den Massnahmen keine Bereitschaft für Verkaufsgespräche gezeigt hätten, weshalb die Mitarbeitenden nicht dem vertraglichen Pensum entsprechend hätten beschäftigt werden können.

4.3 Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin liegt in den getätigten (Ersatz-)Anstellungen sehr wohl eine Verletzung der Schadenminderungspflicht bzw. kann der Arbeitsausfall nicht als unvermeidbar betrachtet werden.

4.3.1 Für einen Betrieb in Kurzarbeit sind Ersatzanstellungen nicht grundsätzlich ausgeschlossen. So ist es etwa gerade möglich, Verkaufspersonal/Aussendienstangestellte neu oder als Ersatz einzustellen, um die Akquise zu verstärken und so über Mehrarbeit zu verfügen und dadurch der Kurzarbeit zu entgegnen. Allerdings ist es diesfalls ausgeschlossen, für diese Mitarbeitenden (Verkaufsperson/Aussendienstangestellte) Kurzarbeit geltend zu machen, da es gerade das Ziel ist, dass sie ausgelastet sind. Zweitens können Ersatzanstellungen auch in Kurzarbeit zulässig sein, wenn es sich um zu ersetzende Spezialisten handelt, deren Arbeit der bestehende Mitarbeiterbestand nicht übernehmen kann. Dies auch dann, wenn diese Spezialisten infolge Kurzarbeit (noch) nicht ausgelastet sind (vgl. AVIG-Praxis KAE C6a). Wird stattdessen Personal, für welches KAE geleistet wird, trotz Arbeitsausfall ersetzt ohne die Arbeit auf den restlichen Personalbestand zu verteilen, so stellt dies eine Verletzung der Schadenminderungspflicht dar. Da die in geringerem Masse anfallende Arbeit auf den bestehenden Personalbestand zu verteilen ist, fehlt es auch an der Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls.

4.3.2 Vorliegend ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin für ihre Angestellten seit März 2020 KAE bezog (vgl. Vi-act. 9). Im Juli 2020 bezog sie für drei Angestellte Fr. 12'079.70 KAE und im August 2020 für vier Angestellte Fr. 11'584.20 KAE (vgl. Vi-act. 16). Im September 2020 wurden für drei Angestellte bei 528 Sollstunden 282 Ausfallstunden geltend gemacht (Vi-act. 23); im Oktober 2020 für vier Angestellte mit 704 Sollstunden 283.50 Ausfallstunden (Vi-act. 24) und im November 2020 bei 672 Sollstunden für vier Angestellte 302 Ausfallstunden (Vi-act. 25).

Erwiesen ist sodann, dass per 1. August 2020 K._____ als Lager-/ Aussendienstmitarbeiter zu einem 100%-Pensum angestellt wurde und J._____ per 1. Oktober 2020 ebenfalls als Aussendienst-Mitarbeiterin mit 100%-Pensum. Daneben arbeiteten - neben dem Geschäftsführer - ein Verkaufsleiter (mit 100%-Pensum) und ein Aussendienstmitarbeiter mit 100%-Pensum (Vi-act. 5, 6, 23; Bf-act. 17) sowie bis Ende August 2020 L._____ als Aussendienstmitarbeiter und Lagerbewirtschafter mit 100%-Pensum (Vi-act 19; Bf-act. 17). In Beantwortung von Rückfragen der Vorinstanz hielt D._____ am 24. August 2020 fest, K._____ ersetze L._____, wobei im August beide angestellt waren (Vi-act. 1). Später wurde dann geltend gemacht, L._____ sei durch J._____ ersetzt worden und K._____ habe einen Mitte März 2020 ausgeschiedenen Angestellten ersetzt (vgl. Vi-act. 4, 5, 20 und Bf-act. 17).

4.3.3 Damit aber widersprechen sich die Begründungen der Anstellungen. Sollte K._____ L._____ ersetzt haben, dann wäre J._____ gar zusätzlich angestellt worden; hat indes K._____ einen schon früher ausgeschiedenen Angestellten ersetzt, dann könnte die Anstellung von J._____ als Ersatzanstellung für L._____ betrachtet werden. Losgelöst dieser Widersprüche stellen bei dieser Sachlage die beiden (Ersatz-)Anstellungen per 1. August 2020 und 1. Oktober 2020 so oder so eine Verletzung der Schadenminderungspflicht dar. Zum einen handelt es sich nicht um Spezialfunktionen, welche die verbliebenen Angestellten nicht hätten übernehmen können. Zum andern ist es verständlich, dass die Beschwerdeführerin auf Aussendienstangestellte angewiesen ist, um ihren Verkauf zu fördern. Dann ist aber der Vorinstanz beizupflichten, dass diese Aussendienstangestellten keine Kurzarbeit geltend machen können, sondern im Gegenteil trotz widriger Umstände Verkaufsgelegenheiten zu suchen und wahrzunehmen haben. Sollte dies - wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht - nicht möglich sein, wäre es nicht gerechtfertigt gewesen, (Ersatz-)Anstellungen zu tätigen und direkt Ausfallstunden der Arbeitslosenkasse in Rechnung zu stellen. Wenn ein Angestellter den Betrieb am 15. März 2020 (quasi bei Ausbruch der Pandemie) verliess, der Betrieb anschliessend Kurzarbeit anmeldete (und

bewilligt erhielt) und dessen zum Trotz per 1. August 2020 eine Ersatzanstellung mit 100%-Pensum tätig, dann kann der darauf folgende Arbeitsausfall keinesfalls als unvermeidbar bezeichnet werden. Ebenso verhält es sich mit der zweiten Ersatzanstellung ab Oktober 2020. Der Arbeitsausfall dieser zusätzlichen Angestellten kann nicht anrechenbar sein, wenn schon das bestehende Personal einen Arbeitsausfall ausweist.

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, sie habe die Ersatzanstellungen mit der Arbeitslosenkasse geklärt, ist dies nicht zu hören. Zum einen handelt es sich um eine unbelegte Schutzbehauptung (vgl. betreffend Vertrauensschutz telefonischer Auskünfte auch Urteile BGer 8C_545/2021 vom 4.5.2022 Erw. 6.2; 8C_458/2021 vom 25.1.2022 Erw. 5.3.1). Zum andern sind Ersatzanstellungen - wie zuvor ausgeführt - nicht per se ausgeschlossen. Was der Geschäftsführer mit der Arbeitslosenkasse genau besprochen hatte und welche Auskunft er erhalten hat, ist unbekannt. So ist namentlich auch nicht ausgeschlossen, dass die Auskunft etwa lautete, Ersatzanstellungen seien nicht grundsätzlich ausgeschlossen, was zutreffend, aber für den vorliegenden Fall nicht einschlägig ist.

4.3.4 Damit aber ist die Nichtbewilligung der Kurzarbeit durch die Vorinstanz für die Periode ab 20. April 2021 allein schon deshalb nicht zu beanstanden, weil die Beschwerdeführerin trotz nicht unbedeutendem Arbeitsausfall beim Verkauf/Aussendienst Ersatzanstellungen tätigte. Zum einen versties sie damit gegen die Schadenminderungspflicht und zum andern kann der Arbeitsausfall nicht als unvermeidbar bezeichnet werden.

4.4 Es ist glaubhaft, wenn die Beschwerdeführerin ausführt, gerade bei ihren CBD-haltigen Produkten sei die Durchführung von Verkaufsgesprächen wichtig. Dem ist aber entgegen zu halten, dass namentlich ab Sommer 2020 die behördlichen Massnahmen keine Restriktionen enthielten, welche solchen Verkaufsgesprächen entgegengestanden hätten. Die von der Beschwerdeführerin angeführten Zugangsbeschränkungen (Kunden pro qm) wurden erst im November 2020 eingeführt und im Dezember 2020 verschärft (vgl. 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 2.11.2020 und 12.12.2020, Anhang Ziff. 3.1^{bis}). Zudem ist die Begründung der Vorinstanz nicht von der Hand zu weisen, dass gerade die Verkaufsmitarbeiter im Falle von Einschränkungen der Verkaufskanäle gefordert sind und ein Arbeitsausfall nicht angezeigt ist. Falls dem - wie die Beschwerdeführerin geltend macht - nicht so sein sollte, wäre dies wiederum eine Bestätigung, dass keine Ersatzanstellungen hätten getätigt werden dürfen. Daran vermögen die von der Beschwerdeführerin eingereichten schriftlichen Bestätigungen von drei Geschäften (zwei Apotheken

und ein Geschäft) nichts zu ändern (Bf-act. 12 - 14). Diese bestätigen nur, dass der Empfang von Aussendienstmitarbeitern während der (zeitlich nicht genau definierten) Corona-Zeit eingeschränkt, jedoch nicht ausgeschlossen war. Verkaufsgespräche waren damit zum einen nicht unmöglich und zum andern ist es gerade Aufgabe von Aussendienstmitarbeitenden, während der Arbeitszeit mögliche Kanäle aufzuspüren und anzugehen. Dabei versteht sich von selbst, dass nicht jeder Kontaktnahme Erfolg beschieden ist; ein Arbeitsausfall ist deswegen aber noch nicht gerechtfertigt bzw. anrechenbar bzw. überhaupt gegeben (resp. wäre zu wiederholen, dass diesfalls keine Ersatzanstellungen hätten getätigt werden dürfen). Immerhin bestätigen etwa auch M. _____ und N. _____ in ihren Stellungnahmen, Kundenkontakte via E-Mail und Telefon seien möglich gewesen (vgl. Bf-act. 15 und 16). Selbst wenn damit auch erwiesen wäre, dass demnach weniger Verkäufe getätigt werden konnten, mithin die Akquise weniger erfolgreich war, würde dies noch nicht auch erklären, dass dies ebenso zu einem Arbeitsausfall geführt haben soll. Allein die Tatsache, dass eine finanzielle Einbusse (im Verkauf) resultierte, gibt aber noch keinen Anspruch auf eine Kurzarbeitsentschädigung; diese setzt nicht eine Umsatzeinbusse, sondern einen anrechenbaren Arbeitsausfall voraus. An einem solchen fehlt es vorliegend.

5. Damit erweist sich die Beschwerde insgesamt als teilweise begründet. Sie ist als unbegründet abzuweisen, soweit der die Verfügung vom 12. Mai 2021 bestätigende Einspracheentscheid angefochten wird. Hingegen ist der angefochtene Einspracheentscheid insoweit aufzuheben, als die Einsprache vom 17. Juni 2021 abgewiesen und die Verfügung vom 17. Mai 2021 bestätigt wurde. Die Sache ist im Sinne der Erwägungen zu neuem Entscheid betreffend Revision bzw. Wiedererwägung der Verfügung vom 2. September 2020 an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6. Es werden keine Kosten erhoben (Art. 61 ^{fbis} ATSG).

7.1 Die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur erneuten Abklärung und neuem Entscheid (mit noch offenem Ausgang) gilt nach ständiger Praxis für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Zusprechung einer Parteientschädigung als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei, unabhängig davon, ob die Rückweisung überhaupt beantragt, oder ob das entsprechende Begehren im Haupt- oder Eventualantrag gestellt wird (vgl. BGE 137 V 210 Erw. 7.1; VGE I 2019 75 vom 16.3.2020 Erw. 6.2, je mit Hinweisen).

7.2 Der Beschwerdeführerin ist dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens entsprechend zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 61 lit. g ATSG), welche in Beachtung des kantonalen Ge-

bührentarifs für Rechtsanwälte vom 27. Januar 1975 (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 Gebühren-tarifs enthaltenen Kriterien, in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf Fr. 1'000.-- (inkl. MwSt) festgelegt wird.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 13. Januar 2022 insoweit aufgehoben, als die Einsprache vom 17. Juni 2021 abgewiesen und die Verfügung vom 17. Mai 2021 bestätigt wurde. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zu neuem Entscheid betreffend Revision bzw. Wiedererwägung der Verfügung vom 2. September 2020 an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. MwSt und Barauslagen) 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. Juli 2022

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: 25. August 2022