

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2022 50

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._____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B._____,

gegen

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

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (COVID-19 Kurzarbeitsentschädigung)

Sachverhalt:

A. Die A. _____ AG mit Sitz in C. _____ bezweckt zur Hauptsache das Erbringen von integralen Sicherheitsleistungen, insbesondere Sicherheitsausbildungen, Führen eines Trainingscamps, Führen einer Alarm-, Sicherheits- und Notfallorganisation, Consulting und Engineering, Forschung und Entwicklung im Bereich Sicherheit, Handel mit und Vertrieb von Gütern, Erzeugnissen und Dienstleistungen sowie Ein- und Ausfuhr und Vermittlung von solchen Geschäften (Handelsregisterauszug www.zefix.ch; eingesehen am 6.7.2022; vgl. auch www.A._____.com; eingesehen am 6.7.2022).

B.1 Am 18. März 2021 ging beim Amt für Arbeit die Voranmeldung von Kurzarbeit der A. _____ AG ein (a.o. Formular für die Voranmeldung von Kurzarbeit aufgrund von behördlichen Massnahmen infolge Pandemie Covid-19; Vi-act. 1). Kurzarbeit müsse für den Gesamtbetrieb eingeführt werden. Dieser bestehe aus total 141 Angestellten, wovon 136 Arbeitnehmende auf Abruf. Fünf Personen seien ab 1. April 2021 von Kurzarbeit mit einem voraussichtlichen Arbeitsausfall von 60% betroffen. Das Gesuch wurde begründet mit: "Die A. _____ AG ist hauptsächlich im Bereich der integralen Sicherheit für Events und Veranstaltungen aller Art, Bewachungs- und Überwachungsdienst im Detailhandel sowie im Logen- und Portendienst der Hotellerie, Gastronomie und Werksareale tätig."

B.2 Mit Verfügung vom 23. März 2021 bewilligte das Amt für Arbeit die Kurzarbeit gemäss Voranmeldung. Sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, könne die Arbeitslosenkasse in der Zeit vom 1. April 2021 bis 30. September 2021 Kurzarbeitsentschädigung (KAE) ausrichten (Vi-act. 2).

C. Mit E-Mail vom 12. November 2021 reichte die A. _____ AG eine weitere Voranmeldung von Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb ein für die Zeit vom 1. Oktober 2021 bis 31. Dezember 2021. Von Kurzarbeit seien 1 bis 5 Personen betroffen; der Arbeitsausfall betrage voraussichtlich 50%. Die Begründung der Voranmeldung vom März wurde ergänzt um: "Ausfall langjähriger Partner im Event- und allg. Veranstaltungsbereich wegen Covid-19". Betreffend die Entwicklung des Geschäftsganges der nächsten vier Monate wurde geäussert, "Hoffnung auf Lockerung der behördlichen Massnahmen infolge der Pandemie" (Vi-act. 3).

D. Am 14. Dezember 2021 erliess das Amt für Arbeit zu Handen der A. _____ AG zwei Verfügungen. Mit der einen Verfügung (Vi-act. 6) wurde die Kurzarbeitsbewilligung vom 23. März 2021 insoweit 'nach Art. 53 ATSG' ersetzt, als neu KAE für zwei erst im Mai 2021 angestellte Personen nicht bewilligt wurde; für die übrigen Angestellten wurde die KAE bewilligt. Mit der zweiten Verfö-

gung (Vi-act. 7) wurde gegen die Auszahlung von KAE ab dem 1. Oktober 2021 (Voranmeldung vom 12. November 2021) Einspruch erhoben und die Kurzarbeitsbewilligung verweigert.

E. Eine am 27. Januar 2022 gegen beide Verfügungen erhobene Einsprache (Vi-act. 8) wies das Amt für Arbeit mit Einspracheentscheid Nr. 119/22 vom 6. Mai 2022 ab (Vi-act. 10).

F. Am 7. Juni 2022 liess die A._____ AG beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde erheben mit den Anträgen:

1. Der Einspracheentscheid Nr. 119/22 des Volkswirtschaftsdepartements des Kantons Schwyz, Amt für Arbeit, vom 6. Mai 2022 sei aufzuheben;
2. Es sei der Beschwerdeführerin für die Arbeitnehmer D._____ und E._____ für die Zeit vom 1. Juli 2021 bis 30. September 2021 Kurzarbeitsentschädigung zuzuerkennen und der Einspruch des Volkswirtschaftsdepartementes, Amt für Arbeit, vom 14. Dezember 2021 gegen die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung aufzuheben. Eventualiter sei die vorinstanzliche Verfügung vom 14. Dezember 2021 aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen;
3. Es sei der Beschwerdeführerin für die Arbeitnehmenden F._____, D._____, G._____, H._____, I._____, J._____ und E._____ für die Zeit vom 1. Oktober 2021 bis 31. Dezember 2021 Kurzarbeitsentschädigung zuzuerkennen und der Einspruch des Volkswirtschaftsdepartementes Schwyz, Amt für Arbeit, vom 14. Dezember 2021 gegen die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung aufzuheben. Eventualiter sei die vorinstanzliche Verfügung vom 14. Dezember 2021 aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

G. Mit Vernehmlassung vom 30. Juni 2022 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Auf die Voranmeldung vom 18. März 2021 zur Weiterführung der Kurzarbeit hin hat die Vorinstanz mit Verfügung vom 23. März 2021 die Arbeitslosenkasse ermächtigt, der Beschwerdeführerin bei Erfüllung der Voraussetzungen vom 1. April 2021 bis 30. September 2021 KAE auszurichten (Vi-act. 1 und 2).

Auf die mit E-Mail vom 12. November 2021 eingereichte Voranmeldung von Kurzarbeit für die (anschliessende) Periode vom 1. Oktober 2021 bis 31. Dezem-

ber 2021 hin verweigerte die Vorinstanz mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 die Bewilligung von KAE und erhob Einspruch (Vi-act. 3 und 7).

Mit einer weiteren Verfügung vom 14. Dezember 2021 ersetzte die Vorinstanz die Verfügung vom 23. März 2021 'nach Art. 53 ATSG' und bewilligte neu KAE vom 1. April 2021 bis 30. September 2021 mit Ausnahme von zwei erst im Mai 2021 angestellten Personen. Die Arbeitslosenkasse wurde ermächtigt, in der erwähnten Periode allen Angestellten ausser den zwei genannten Personen KAE auszurichten, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Vi-act 6).

Mit einer Eingabe erhob die Beschwerdeführerin am 27. Januar 2022 Einsprache gegen beide Verfügungen vom 14. Dezember 2021. Mit dem angefochtenen Einspracheentscheid vom 6. Mai 2022 bestätigte die Vorinstanz beide Verfügungen.

Auch wenn die Beschwerdeführerin gegen die zwei separaten Verfügungen vom 14. Dezember 2021 mit einer Eingabe Einsprache erhob und die Vorinstanz darüber in einem einzigen Einspracheentscheid befand, gilt es nachfolgend getrennt zu prüfen, ob die Vorinstanz einerseits zu Recht die Verfügung vom 23. März 2021 revisions- oder wiedererwägungsweise aufgehoben und ersetzt hat und ob andererseits zu Recht Einspruch gegen die Kurzarbeit vom 1. Oktober 2021 bis 31. Dezember 2021 erhoben wurde.

2.1 Gegen die Voranmeldung von Kurzarbeit vom 18. März 2021 (Eingang bei der Vorinstanz; Vi-act. 1) hatte die Vorinstanz keinen Einspruch erhoben, mithin die Anspruchsvoraussetzungen als erfüllt beurteilt. Die Arbeitslosenkasse wurde ermächtigt, vom 1. April 2021 bis 30. September 2021 KAE auszurichten, soweit die weiteren Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Zusätzlich wurde die Beschwerdeführerin auf die Schadenminderungspflicht hingewiesen sowie auf die Möglichkeit risikobasierter Revisionen durch das Seco und darauf, dass zu Unrecht ausbezahlte KAE zurückerstattet werden müssen (Vi-act. 2).

2.2.1 Nach Eingang der Voranmeldung von Kurzarbeit vom 12. November 2021 verlangte die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin weiterführende Informationen ein, welche diese am 3. Dezember 2021 einreichte (Vi-act. 4, 5). In der Verfügung vom 14. Dezember 2021 (Vi-act. 6) stellte die Vorinstanz fest, anlässlich der Abklärungen bezüglich Voranmeldung vom 12. November 2021 habe sich herausgestellt, dass die Beschwerdeführerin sowohl E. _____ (ab 3.5.2021) als auch D. _____ (ab 1.5.2021) neu angestellt habe. Im Sinne der Schadenminderungspflicht gegenüber der Arbeitslosenversicherung müsse der Arbeitgeber alles Zumutbare vorkehren, um einen Arbeitsausfall abzuwenden oder zu minimieren. Dies könne im vorliegenden Fall nicht bestätigt werden, da es der Be-

schwerdeführerin möglich gewesen wäre, erst wieder neues Personal zu rekrutieren, sobald die Nachfrage nach den Dienstleistungen angezogen habe und die Kurzarbeit beendet sei. Sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, könne die Arbeitslosenkasse vom 1. April 2021 bis 30. September 2021 KAE ausrichten; der Anspruch auf KAE werde jedoch für die Mitarbeitenden D. _____ und E. _____ abgelehnt, da diese neu angestellt worden seien. Diese neue Verfügung vom 14. Dezember 2021 ersetze nach Art. 53 ATSG jene Verfügung vom 23. März 2021.

2.2.2 Mit dem Einspracheentscheid vom 6. Mai 2022 wurde die Verfügung vom 14. Dezember 2021, welche jene vom 23. März 2021 'nach Art. 53 ATSG' ersetzte, bestätigt. Mit der Anstellung von zwei Personen während der Kurzarbeit im Mai 2021 habe die Beschwerdeführerin gegen die Schadenminderungspflicht verstossen. Den zwei im Mai angestellten Personen könne keine KAE ausgerichtet werden (Vi-act. 10).

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 Ver-

säumnisse im Rahmen des ordentlichen Verfahrens können nicht auf dem Weg der prozessualen Revision von Verfügungen nachgeholt werden (VGE II 2021 53 vom 20.9.2021 Erw. 5.4.2). Die Erheblichkeit der neuen Tatsache spricht deren Eignung an, die tatsächliche Grundlage der Verfügung so zu ändern, dass bei erneuter Entscheidung ein anderer Entscheid resultiert (vgl. BGE 143 V 105 Erw. 2.3). Eine 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). Das heisst, 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 an-

fänglich 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 klaren 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 gesamten 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 23. März 2021 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. April 2021 bis 30. September 2021 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). Den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist zu entnehmen, dass sie in der Folge bei der Arbeitslosenkasse zumindest teilweise auch tatsächlich Antrag auf KAE gestellt hat und ihr solche ausgerichtet wurde.

Für die fragliche Periode (1.4. bis 30.9.2021) liegen damit mehrere Verfügungen vor. Zum einen die Kurzarbeitsbewilligung (Verzicht auf Einspruch) der Vorinstanz vom 23. März 2021 und zum andern die (formlosen) Verfügungen der Arbeitslosenkasse betreffend die effektive Gewährung von KAE (welche nicht in den Akten liegen).

Mit der Verfügung vom 14. Dezember 2021 (bestätigt durch den Einspracheentscheid vom 6.5.2022) hat die Vorinstanz die Kurzarbeitsbewilligung vom 23. März 2021 aufgehoben bzw. ersetzt. D.h. sie hat im Sinne von Art. 36 Abs. 4 AVIG 'nachträglich' Einspruch erhoben bzw. die Bewilligung teilweise aufgehoben, da sie bei neuerlicher Prüfung die Anspruchsvoraussetzungen für die zwei im Mai 2021 angestellten Personen als nicht erfüllt beurteilt hat bzw. in deren Anstellung eine Verletzung der Schadenminderungspflicht erkannte. Davon vorerst unberührt sind die (formlosen) KAE-Verfügungen der Arbeitslosenkasse. 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 23. März 2021 begründete die Vorinstanz in der Verfügung vom 14. Dezember 2021 derart, dass sich erst im Rahmen der erweiterten Abklärungen nach der Voranmeldung von Kurzarbeit vom 12. November 2021 herausgestellt habe, dass die Beschwerdeführerin im

Mai 2021 zwei Personen neu angestellt und damit die Schadenminderungspflicht verletzt habe. Aufgrund dieser neuen Erkenntnis werde die Verfügung vom 23. März 2021 'nach Art. 53 ATSG' ersetzt durch die neue Verfügung vom 14. Dezember 2021 (vgl. Vi-act. 6; oben Erw. 2.2.1). Im Einspracheentscheid vom 6. Mai 2022 wurde dies wiederholt (Vi-act. 10).

2.4.3 Weder in der Verfügung vom 14. Dezember 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 23. März 2021 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 23. März 2021 nicht rechtens war. Ein vergleichbares Problem stellt sich dem Gericht als Rechtsmittelinstanz.

Ob darin eine Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) liegt (vgl. VGE II 2022 14 vom 18.7.2022 Erw. 2.4.3), kann indes aus nachfolgenden Gründen offenbleiben.

2.5 Art. 53 ATSG, auf welchen sich die Vorinstanz stützt, und zwar sowohl die Revision nach Abs. 1 als auch die Wiedererwägung nach Abs. 2, bezweckt das Zurückkommen bzw. die Korrektur einer ursprünglich fehlerhaften Verfügung. Beide Rückkommenstitel beziehen sich auf die anfängliche Unrichtigkeit der Verfügung. Die Revision nach Abs. 1, welche sich auf anfängliche tatsächliche Unrichtigkeit bezieht, setzt neue Tatsachen voraus, die sich bis zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses verwirklicht haben, aber (trotz Sorgfalt) nicht bekannt waren (vgl. oben Erw. 2.3.2). Es geht nicht um Tatsachen, die sich nach Verfügungserlass ereignet haben. Die Wiedererwägung nach Abs. 2 verlangt eine *anfängliche* rechtliche Unrichtigkeit; sie korrigiert einen Fehler in der Rechtsanwendung, der bei der ursprünglichen Anspruchsbeurteilung gemacht wurde (vgl. oben Erw. 2.3.3).

Vorliegend aber begründet die Vorinstanz das Zurückkommen auf die Verfügung vom 23. März 2021 bzw. deren Ersatz (nach Art. 53 ATSG) mit der Anstellung zweier Personen durch die Beschwerdeführerin im Mai 2021. Es handelt sich dabei also um eine Tatsache, welche sich erst nach Verfügungserlass verwirklicht hat. Entsprechend scheidet die Revision offenkundig aus. Da sich dieser Sachverhalt erst nach Verfügungserlass verwirklichte, kann darin auch kein anfängli-

cher Rechtsfehler, etwa durch Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, erblickt werden; die Verfügung vom 23. März 2021 ist nicht anfänglich rechtlich unrichtig, weshalb auch die Wiedererwägung ausscheidet.

2.6 Wenn aber weder die Voraussetzungen für eine Revision nach Art. 53 Abs. 1 ATSG, noch jene für eine Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG erfüllt sind, dann durfte die Vorinstanz die Kurzarbeitsbewilligung nicht 'nach Art. 53 ATSG' aufheben bzw. ersetzen. Die Kurzarbeitsbewilligung vom 23. März 2021 war gemäss aktuellem Wissensstand anfänglich weder tatsächlich noch rechtlich unrichtig. Ob die von der Vorinstanz als Verletzung der Schadenminderungspflicht qualifizierten Anstellungen zweier Personen im Mai 2021 ein Zurückkommen auf die (formlose) Verfügung von Kurzarbeitsentschädigung der Arbeitslosenkasse rechtfertigen würde und ob die Voraussetzungen hierzu gegeben sind, kann hier offenbleiben.

2.7 Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist damit festzuhalten, dass der Einspracheentscheid vom 6. Mai 2022 insoweit aufzuheben ist, als die Vorinstanz die Verfügung vom 14. Dezember 2021 betreffend 'Ersatz der Verfügung vom 23. März 2021 nach Art. 53 ATSG' bestätigte.

3. Strittig ist des weiteren der Anspruch auf KAE für die Periode vom 1. Oktober 2021 bis 31. Dezember 2021. Die Vorinstanz hat hierfür die Kurzarbeitsbewilligung wegen Verletzung der Schadenminderungspflicht bzw. nicht anrechenbarem Arbeitsausfall verweigert, was die Beschwerdeführerin als unrechtmässig rügt.

3.1 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 Insolvenzentschädigung (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).

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 Betrieb 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 Ein Anspruch auf KAE setzt nach dem Gesagten u.a. immer auch voraus, dass der Arbeitsausfall, die Kurzarbeit unvermeidbar war (vgl. Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Diese zwingende Voraussetzung ist Ausdruck der Schadenminderungspflicht. Vom Arbeitgeber kann verlangt werden, dass er zumutbare Vorkehren zur Abwendung des Arbeitsausfalls trifft (SBVR Soziale Sicherheit-Nussbaumer, N Rz. 480). Mit der Schadenminderungspflicht nicht vereinbar ist namentlich, wenn

neue Stellen geschaffen werden, obwohl kein entsprechender Bedarf besteht bzw. der Betrieb weiterhin einen Arbeitsausfall verzeichnet. Das Ziel von KAE ist der Erhalt von Arbeitsplätzen und nicht die Finanzierung neu geschaffener Stellen (AVIG-Praxis KAE Rz. C6a). Entsprechend hat ein Arbeitgeber in drohender oder bestehender Kurzarbeit vor Neuanstellungen zu klären, ob die anfallenden Arbeiten durch das bestehende Personal erledigt werden können.

4.1 Der Beschwerdeführerin wurde vom 1. März 2020 bis 31. August 2020 und vom 15. Oktober 2020 bis 30. September 2021 Kurzarbeit bewilligt (Bf-act. 14). Mit E-Mail vom 12. November 2021 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere Voranmeldung von Kurzarbeit für 1 bis 5 Angestellte bei erwartetem Arbeitsausfall von 50% vom 1. Oktober 2021 bis 31. Dezember 2021 ein (Vi-act. 3; oben Ingress Bst. B). In der Folge forderte die Vorinstanz zusätzliche Informationen und Unterlagen ein, so namentlich Informationen zu den von Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden sowie die monatlichen Umsätze der Jahre 2018 bis August 2021 (Vi-act. 4). Mit E-Mail vom 3. resp. 7. Dezember 2021 reichte die Beschwerdeführerin die Unterlagen ein (Vi-act 5). Mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 erhob die Vorinstanz Einspruch gegen die KAE vom 1. Oktober 2021 bis 31. Dezember 2021 (Vi-act 7).

4.2 In der Einspruch-Verfügung verwies die Vorinstanz auf die Voranmeldung vom 12. November 2021, worin die Beschwerdeführerin die Kurzarbeit, bzw. den Arbeitsausfall damit begründe, dass langjährige Partner im Event- und Veranstaltungsbereich wegen Covid-19 ausgefallen seien. Mit der Weiterführung der Kurzarbeit wolle man die Arbeitsplätze erhalten; Aufträge seien hauptsächlich von Event-Betreibern wegen den Pandemiemassnahmen ausgefallen oder verschoben worden. Die Beschwerdeführerin habe geltend gemacht, von der Kurzarbeit seien 1 bis 5 Personen betroffen. Weiter führte die Vorinstanz aus, aus den von der Beschwerdeführerin eingeforderten bzw. eingereichten Unterlagen sei ersichtlich, dass von sieben Mitarbeitenden, welche potentiell in Kurzarbeit gestellt würden, insgesamt fünf im Jahr 2021 angestellt worden seien. Diese Anstellungen seien aus Sicht der Vorinstanz nicht nachvollziehbar, da die Beschwerdeführerin vom 1. Januar 2021 bis 30. September 2021 KAE angefordert habe. Es seien dann wohl nicht über den gesamten Zeitraum Abrechnungen eingereicht worden, aber immerhin seien Fr. 21'802.95 an KAE ausbezahlt worden. Die Unternehmung stehe in der Pflicht, angesichts der vorhandenen Ausgangslage die Aufgaben auf das bestehende Personal zu verteilen, anstatt neue Mitarbeitende anzustellen. Im Sinne der Schadenminderungspflicht müsse ein Arbeitgeber alles Zumutbare vorkehren, um einen Arbeitsausfall abzuwenden oder zu minimieren. Der Beschwerdeführerin sei es möglich gewesen, Personal erst zu rekrutieren,

wenn die Nachfrage nach den Dienstleistungen angezogen habe; dies sei in den Monaten Juli 2021 bis Oktober 2021 definitiv nicht der Fall gewesen, weshalb namentlich die Anstellungen im Oktober und November nicht nachvollziehbar seien. Es liege eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vor, weshalb der Anspruch auf KAE ab dem 1. Oktober 2021 abgelehnt werde (Vi-act. 7).

4.3 In der Einsprache machte die Beschwerdeführerin geltend, gemäss Weisung des Seco (Weisung 2021/22, Anpassungen der AVIG-Praxen, Rz. C6b) könnten namentlich Saisonbetriebe, für welche zu Saisonbeginn die Aufnahme des Betriebes erwartet werde, auch für neu eingestelltes Personal einen Anspruch auf KAE geltend machen, wenn die Voraussetzungen erfüllt seien; die generelle Verweigerung sei rechtswidrig. In casu liege keine Verletzung der Schadenminderungspflicht vor, was die Beschwerdeführerin mit Erklärungen zu den einzelnen Anstellungen begründete. Komme hinzu, dass der umfassende Einspruch auch gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit spreche, da es auch mildere Massnahmen gäbe wie eine Leistungskürzung oder die Leistungsverweigerung betreffend einzelner Mitarbeiter.

4.4 Gemäss angefochtenem Einspracheentscheid ist der Verweis auf die Seco-Weisung nicht einschlägig, da es sich bei der Beschwerdeführerin nicht um einen Saisonbetrieb handle, was sich aus ihrem Zweck ergebe. Zudem seien Betriebe während dem Bezug von KAE gehalten, vor einer Einstellung von neuem Personal abzuklären, ob das bestehende Personal die Aufgaben, welche das neue Personal erfüllen solle, erledigen könne, um so Ausfallstunden zu vermeiden oder zu verringern. Neues Personal könne gerechtfertigt sein, um den Umsatz anzukurbeln, dann könne für dieses Personal aber keine Kurzarbeit geltend gemacht werden, oder aber bei Ersatz von Spezialisten. Dies sei vorliegend nicht der Fall.

Die Neuaufnahme des Geschäftsfeldes Verkehrsdienst sei wohl nachvollziehbar, nicht aber die unbefristete Neuanstellung von zwei Personen mit 100%-Pensum. Für diese Tätigkeit müsse ein zweitägiger Kurs bei der Polizei absolviert werden, den auch die bestehenden Angestellten hätten besuchen können. Die unbefristete Neuanstellung sei auch in Anbetracht der grossen Umsatzschwankungen - schon vor Covid-19 - nicht nachvollziehbar; gerade im Verkehrsdienst würden üblicherweise Temporärmitarbeiter angestellt. Aufgrund der Covid-19-Situation habe zudem nicht mit einer raschen Erholung bei den Events und damit mit einer Auslastung des Personals gerechnet werden können. Die Anstellungen im Mai 2021 hätten daher gegen die Schadenminderungspflicht verstossen.

Der Überlegung, dass eine betriebsnotwendige Stabsstelle, deren Aufgaben teils unabhängig vom Geschäftsgang zu erledigen seien, nach einem Personalabgang ersetzt werden müsse, könne grundsätzlich zugestimmt werden. Wenn die mit einem 50%-Pensum per 11. Oktober 2021 neu angestellte G._____ vom Geschäftsgang unabhängige Arbeit zu erledigen habe und auch noch eingearbeitet werden müsse, dann aber im Oktober fast 50% Ausfallstunden ausweise und der Ausfall im November 2021 auf 68% steige, dann sei die getätigte Anstellung weder plausibel noch nachvollziehbar.

Auch die am 4. Oktober 2021 angestellte H._____ sei eine Ersatzanstellung, wobei sie namentlich mit der Kundenakquise beauftragt sei. Praxisgemäss könne Verkaufspersonal zur Ankurbelung auch in Kurzarbeit angestellt werden, damit die Abteilungen dank den Verkäufen besser ausgelastet seien; das neu eingestellte Personal dürfe dann aber nicht von Arbeitsausfällen betroffen sein, sondern habe zu akquirieren. Für H._____ würden jedoch von Oktober bis Dezember 2021 33% resp. 73% resp. 63% Arbeitsausfall ausgewiesen. Per 25. Januar 2022 habe sie das Unternehmen verlassen. Ihre Anstellung sei nicht zu rechtfertigen.

Schliesslich sei per 1. November 2021 I._____ zur Erarbeitung und Umsetzung der Digitalisierungsstrategie und Kundenakquise über digitale Kanäle angestellt worden. Es gelte dasselbe wie bei H._____; diese Arbeiten könnten völlig losgelöst vom Geschäftsverlauf erledigt werden. Dennoch werde für ihn im November ein Ausfall von 68% und im Dezember von 37% ausgewiesen. Er habe die Firma per 10. Februar 2022 wieder verlassen.

Insgesamt bekräftigte die Vorinstanz ihre Darstellung, dass die Beschwerdeführerin mit den diversen Anstellungen ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen sei, weshalb KAE ab dem 1. Oktober 2021 abzulehnen sei.

4.5 Was die Beschwerdeführerin vor Verwaltungsgericht hiergegen vorträgt, verfährt nicht.

4.5.1 Soweit die Beschwerdeführerin erneut geltend macht, es handle sich bei ihr um einen Saisonbetrieb mit saisonalen Schwankungen, da sie hauptsächlich in der Wertschöpfungskette der Eventbranche tätig sei (Zutrittskontrollen, Durchsuchungen, Sicherung Bühnenbereich etc.), geht dies so nicht aus dem Unternehmenszweck hervor (vgl. Ingress Bst. A) und stimmt überhaupt nicht mit der Anpreisung im Internet überein (www.A._____.com; eingesehen am 6.7.2022). Dergemäss ist sie ein "Generaldienstleister und eine der führenden Sicherheits- und Risikomanagement Organisationen in der Verteidigungs- und Sicherheitsindustrie. Sie ist Generalist und Netzwerkpartner in der integralen Si-

cherheit". Die integrale Sicherheit bildet das Kerngeschäft der Beschwerdeführerin; sie sei Lösungsanbieterin in den Bereichen Consulting, Operation, Ausbildung und Training sowie Forschung & Entwicklung, wobei sie mit ihrer Organisation erstklassige und massgeschneiderte Gesamtlösungen in Europa, insbesondere Osteuropa, Südamerika, sowie Ost- und Nordafrika leiste. Auch listet sie ihre Branchen auf, worunter die Eventbranche nicht zu finden ist (www.A._____.com; 'Die Welt von A._____; eingesehen am 6.7.2022). Aber auch der von der Beschwerdeführerin eingereichten Umsatzübersicht der Jahre 2018 bis 2021 lassen sich wohl sehr grosse Schwankungen, aber keine saisonalen ablesen (vgl. Beilage 5 zur Einsprache, Vi-act. 8). Mithin ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Qualifikation eines Saisonbetriebes absprach. Im Übrigen lassen sich die Anstellungen von zwei Personen anfangs Mai 2021 mit Vollzeitpensum auf unbefristet und von drei unbefristeten Anstellungen im Herbst / Winter 2021 (am Ende der Event-Saison) mit Verweis auf einen Saisonbetrieb mit Schwerpunkt Sommermonate (Event-Saison) ohnehin nicht erklären.

4.5.2 Soweit die Beschwerdeführerin ausführt, weshalb der Einsatz im Verkehrsdienst für eine kaufmännische Angestellte nicht opportun gewesen sei, so vermag dies noch nicht zu begründen, weshalb die unbefristete Vollzeitanzstellung von zwei neuen Personen notwendig war. Der Aufbau eines Geschäftszweiges 'Verkehrsdienst' ist nicht zu kritisieren. Dass aber ein Verkehrsdienst-Auftrag angenommen wird, der in Anbetracht des Personalbestandes gar nicht erfüllt werden kann (krankheitsbedingter Ausfall und Pensionierung, wobei die Beschwerdeführerin nicht belegt, dass diese Personen überhaupt über das erforderliche Verkehrsdienst-Zertifikat verfügt hätten) und dann zwei Personen mit Vollzeitpensum und unbefristet anstellt (und zusätzlich auch noch H._____, wenn auch befristet), obwohl keine Nachfolgaufträge bestanden (die Umsatzzahlen sackten nach Auftragsabschluss am 25. Juni 2021 massiv ab; vgl. Beleg 5 zur Einsprache, Vi-act. 8), spricht klar gegen deren Anstellung. Weiter kann den Unterlagen zur Einsprache entnommen werden, dass die im Mai 2021 angestellten E._____ und H._____ das Verkehrsdienst-Zertifikat bei der Beschwerdeführerin selbst gemacht haben, d.h. die Beschwerdeführerin selbst konnte offensichtlich die notwendige Ausbildung anbieten und Zertifikate ausstellen (vgl. Beilage 8, 9, 14 zur Einsprache, Vi-act. 8), weshalb nicht nachvollziehbar ist, dass nicht bereits bestehendes Personal (oder Personen aus dem Pool von 136 Arbeitnehmenden auf Abruf) oder neues Temporärpersonal hätte ausgebildet und zertifiziert werden können. Der das Zertifikat mitunterzeichnende D._____ konnte das Zertifikat im April 2021 offenkundig schon unterzeichnen, bevor er durch die Beschwerdeführerin angestellt wurde (und auch F._____ hat die

Zertifikate [und Arbeitsverträge] trotz vollständiger Arbeitsunfähigkeit unterzeichnen können); seine erst spätere Anstellung (gemäss Arbeitsvertrag vom 2.12.2021 per 1.5.2021) hat somit nicht gegen diese hausinternen Ausbildungen gesprochen. Vor dem Hintergrund, dass offenkundig die Beschwerdeführerin selbst Verkehrsdienst-Zertifikate ausstellte, erscheinen die langen Ausführungen in der Beschwerde, mangels Ausbildungsplätzen beim K._____ habe man zum einen keine Personen in Kurse schicken können und zum andern D._____ und E._____ als ausgewiesene Verkehrsdienstspezialisten anstellen müssen (notabene hat letzterer das Zertifikat im April 2021 von der Beschwerdeführerin erhalten), als reine Schutzbehauptungen. Zudem belegt der Anstellungsvertrag von H._____ vom Mai 2021 (Beilage 13 zur Einsprache, Vi-act. 8), dass auch befristete Anstellungen (in ihrem Fall bis 20.6.2021) möglich waren, so dass nach der Beendigung des Verkehrsdienst-Auftrages kein Arbeitsausfall resultiert hätte. Die Tatsache also, dass dank den Neuanstellungen im Mai 2021 für Mai und Juni 2021 keine KAE habe beantragt werden müssen, spricht nicht gegen eine Verletzung der Schadenminderungspflicht. Denn der Auftrag hätte auch mit Temporärpersonal erfüllt werden können, bzw. nicht angenommen werden dürfen, wenn er letztlich dazu führte, dass zusätzliches Personal eingestellt werden musste, das dann ab Juli wiederum nicht beschäftigt werden konnte.

4.5.3 Was die Anstellungen von G._____ und H._____ im Oktober 2021 anbelangt, so fällt zum einen auf, dass sich ihre Aufgabenbereiche gemäss den Anstellungsverträgen mitunter überlappen (Unterstützung und Support GL in Management-/Central Services, Allgemeine Administration, Koordinationen und Dispositionen, Drehscheibe und Verbindungsglied Management, Administration und Mitarbeitenden; vgl. Vi-act. 5). Es mag sein, dass G._____ gewisse Aufgaben (Buchhaltung, HRM) erledigte, welche H._____ nicht hätte übernehmen können und umgekehrt (operative Aufgaben). In Anbetracht der Tatsache, dass aber beide bei weitem nicht ausgelastet waren und im Bereich operative Aufgaben weitere Angestellte nicht ausgelastet waren sowie im Bereich Administration offenbar auch noch eine Geschäftsführung bestand, welche bei derart tiefem Geschäftsgang die anfallenden Aufgaben übernehmen können muss (L._____ ist als Geschäftsführer einzelzeichnungsberechtigt, F._____ war bis 2016 einziges VR-Mitglied mit Einzelunterschrift und unterzeichnete auch 2021 für die Arbeitgeberin Arbeitsverträge; vgl. www.zefix.ch), war die Anstellung dieser beiden Personen nicht gerechtfertigt. Zu Recht führt die Vorinstanz aus, dass die Aufgaben vom bestehenden Personal hätten übernommen werden können. Soweit H._____ auch zur Kundenakquise angestellt wurde, würde sich eine Kurzarbeit ohnehin nicht rechtfertigen (wie die Vorinstanz korrekt ausführte). Eine

Kurzarbeit dieser beiden unbefristeten Anstellungen im Oktober 2021 kann nicht als unvermeidbarer, anrechenbarer Arbeitsausfall beurteilt werden. Mit der Anstellung wurde gegen die Schadenminderungspflicht verstossen. Dass es sich um Ersatzanstellungen handelt, ändert hieran nichts (vgl. die von der Vorinstanz errechneten Anteile an Ausfallstunden dieser Anstellungen; oben Erw. 4.4). Zudem hält die Vorinstanz zu Recht fest, dass gerade im Event-Bereich (mit welchem die Beschwerdeführerin argumentiert) schon im Oktober 2021 absehbar war, dass sich kurz- bis mittelfristig keine Erholung abzeichnet. Wie man im damaligen Zeitpunkt (d.h. nicht bei retrospektiver Betrachtung) Gegenteiliges annehmen und die Personalplanung auf eine Zunahme ausrichten konnte, vermag die Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar zu erklären. Kommt hinzu, dass ja die Wintersaison gemäss eigener Darstellung ohnehin die auftragsschwache Zeit wäre.

4.5.4 Per 1. November 2021 wurde schliesslich I. _____ als 'Arbeitnehmer Projektmanagement' mit einem 50%-Pensum unbefristet neu angestellt. Es handelt sich hierbei um einen Stellenausbau. Gemäss Beschwerde war er u.a. verantwortlich für die Erarbeitung und Umsetzung digitaler Projekte sowie die Kundenakquisition über digitale Kanäle. Der Arbeitsanfall dieser Aufgaben sei nur zum Teil unabhängig vom Geschäftsverlauf und auch das für digitale Projekte zur Verfügung stehende Budget sei vom Geschäftsverlauf abhängig. Dass dann die per November 2021 neu angestellte Person schon im ersten Monat einen Arbeitsausfall (zu Lasten der Arbeitslosenkasse) von 68% und im zweiten von 37% geltend macht, spricht klarerweise gegen eine nachsichtige Arbeits- und Personalplanung sowie Anstellung. Dass die Vorinstanz darin eine Verletzung der Schadenminderungspflicht resp. einen vermeidbaren Arbeitsausfall erkannte, ist nicht zu beanstanden.

4.5.5 Schliesslich hat es die Vorinstanz auch zu Recht abgelehnt, anstelle der Verweigerung der Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb nur die Kurzarbeit einzelner Angestellter abzulehnen. Sie hat damit den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht verletzt. Gemäss Darstellung in der Vernehmlassung, welche unwidersprochen blieb, weisen die sieben Angestellten der Beschwerdeführerin monatliche Sollarbeitsstunden von 1'052.65 auf. Nach Ausbruch der Pandemie wurden Personen angestellt, welche hiervon 700 Sollstunden zu leisten haben, obwohl seither namentlich kaum Events stattgefunden haben und die Beschwerdeführerin entsprechend Kurzarbeit geltend gemacht hat. Drei Personen wurden gar erst ab Oktober 2021 angestellt. Die Annahme der Vorinstanz, dass bei der Beschwerdeführerin bei umsichtiger, vorausschauender Personalplanung ab Oktober 2021 kein Arbeitsausfall eingetreten wäre, kann unter diesen Umständen geteilt wer-

den. Es rechtfertigt sich daher auch nicht, Kurzarbeit für nicht ab Oktober 2021 angestellte Personen anzuerkennen, nachdem deren Kurzarbeit ja wesentlich auch in Zusammenhang mit den Neuanstellungen steht.

4.6 Damit aber erweist sich die Beschwerde als unbegründet, soweit der Einspracheentscheid betreffend die Nichtbewilligung von Kurzarbeit ab 1. Oktober 2021 angefochten wurde. Zu Recht hat die Vorinstanz einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Beschwerdeführerin infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht resp. vermeidbarem Arbeitsausfall abgelehnt.

5. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde damit als teilweise begründet. Der Einspracheentscheid wird insoweit aufgehoben, als die Verfügung vom 14. Dezember 2021 betreffend Ersatz der Verfügung vom 23. März 2021 bestätigt wurde. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

5.1 Es werden keine Kosten erhoben (Art. 61 lit. ^fbis ATSG).

5.2 Der Beschwerdeführerin ist dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens entsprechend zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen, welche in Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975, welcher für das Honorar im Verfahren vor Verwaltungsgericht in § 14 einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht, und unter Beachtung der in § 2 des Gebührentarifs enthaltenen Kriterien, in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf Fr. 900.-- (inkl. MwSt) festgelegt wird.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 6. Mai 2022 insoweit aufgehoben, als die Verfügung vom 14. Dezember 2021 betreffend Ersatz der Verfügung vom 23. März 2021 bestätigt wurde; entsprechend wird auch diese Verfügung vom 14. Dezember 2021 betreffend Ersatz der Verfügung vom 23. März 2021 aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Vorinstanz hat der beanwalteten Beschwerdeführerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 900.-- (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