



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE KAMMER

Mitwirkende Richter: lic. iur. Adrian Willimann, Vorsitz
lic. iur. Jacqueline Iten-Staub und Dr. iur. Matthias Suter
Gerichtsschreiber: MLaw Patrick Trütsch

URTEIL vom 15. März 2023 *[rechtskräftig]*
gemäss § 29 der Geschäftsordnung

in Sachen

A. _____ **AG**
Beschwerdeführerin
vertreten durch RA lic. iur. B. _____

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA), vertreten durch Arbeitslosenkasse des Kan-
tons Zug, Rechtsdienst, Industriestrasse 24, 6301 Zug
Beschwerdegegner

betreffend

Arbeitslosenversicherung
(Kurzarbeitsentschädigung)

S 2021 132

A. Die A. _____ AG meldete Kurzarbeit aufgrund der behördlichen Massnahmen infolge der Corona-Pandemie beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) an. Mit Verfügungen vom 4. Januar 2021, 18. März 2021 und 22. April 2021 (AWA-act. 2 Beilagen 3–5) bewilligte das AWA für die Zeit vom 21. Dezember 2020 bis 20. Dezember 2021 die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Mit Formular vom 15. Juli 2021 reichte die A. _____ AG beim AWA einen Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung für drei Arbeitnehmende für den Monat Juni 2021 ein (AWA-act. 8). Zur Begründung der Kurzarbeit verwies sie auf den geringen Umsatz aufgrund der nach den Covid-Massnahmen weiterhin ausbleibenden Gäste (AWA-act. 6). Ebenfalls führte sie ins Feld, dass der Inhaber unentgeltlich Vollzeit gearbeitet habe (AWA-act. 7). Das AWA holte in der Folge weitere Stellungnahmen ein (AWA-act. 5). Mit Verfügung vom 5. August 2021 (AWA-act. 3) hob die Verwaltung ihre Verfügung vom 22. April 2021 (AWA-act. 2 Beilage 5) auf und erhob teilweise Einsprache gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung ab dem 1. Juni 2021. Sie begründete dies damit, dass die Eröffnung des Betriebes am 4. Juni 2021 stattgefunden und es sich um eine C. _____ gehandelt habe mit einem sehr beschränkten Speiseangebot. Der Arbeitsausfall sei auf die Neueröffnung und das spezielle Konzept zurückzuführen. Die dagegen erhobene Einsprache (AWA-act. 2) wies das AWA mit Einspracheentscheid vom 7. September 2021 ab (AWA-act. 1).

B. Beschwerdeweise lässt die A. _____ AG beantragen, der Einspracheentscheid vom 7. September 2021 sei aufzuheben. Die Verfügung vom 5. August 2021 sei ebenfalls aufzuheben und die Verfügung vom 22. April 2021 wieder in Kraft zu setzen. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zwecks Neubeurteilung zurückzuweisen (act. 1 S. 2).

C. Das AWA schloss vernehmlassend auf Abweisung der Beschwerde (act. 3).

Das Verwaltungsgericht erwägt:

1. Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheids (in casu: 7. September 2021) eingetretenen Sachverhalt ab (vgl. auch BGE 121 V 362 E. 1b). Dabei sind in

zeitlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts in Geltung standen (BGE 130 V 445 E. 1.2.1).

2.

2.1 Gemäss Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) kann gegen Einspracheentscheide oder Verfügungen, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist, Beschwerde erhoben werden. Für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen einer kantonalen Amtsstelle ist – in Abweichung von Art. 58 Abs. 1 ATSG – das Versicherungsgericht desselben Kantons zuständig (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (Art. 60 Abs. 1 ATSG). Im Kanton Zug beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Beschwerden aus dem Gebiet der eidgenössischen Sozialversicherung, für die das Bundesrecht eine kantonale Rechtsmittelinstanz vorsieht (§ 77 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen [Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1]).

2.2 Der angefochtene Einspracheentscheid wurde vom AWA des Kantons Zug erlassen, weshalb das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde örtlich und sachlich zuständig ist. Die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 7. September 2021 wurde am 23. September 2021 der Post übergeben und gilt folglich als rechtzeitig erhoben. Die Beschwerdeführerin ist durch die Festsetzung der massgebenden Lohnsumme direkt betroffen und somit zur Beschwerde legitimiert. Letztere entspricht schliesslich den formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist. Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

3. Das AWA teilte mit Verfügung vom 5. August 2021 (AWA-act. 3) mit, dass die Verfügung vom 22. April 2021 (AWA-act. 2 Beilage 5) aufgehoben und der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab dem 1. Juni 2021 abgelehnt werde. In der aufgehobenen Verfügung vom 22. April 2021 hielt sie seinerzeit fest, es werde gegen die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung kein Einspruch erhoben. Sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, könne die Arbeitslosenkasse in der Zeit vom 21. Juni bis 20. Dezember 2021 Kurzarbeitsentschädigung ausrichten. Soweit die Verwaltung nun in Aufhebung der Verfügung vom 22. April 2021 den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung be-

reits ab 1. Juni 2021 verneinen will, geht sie in unzulässiger Weise über den Anfechtungsgegenstand hinaus. Der Zeitraum vom 1. bis 20. Juni 2021 bildete nicht Gegenstand der Verfügung vom 22. April 2021, sondern jener vom 18. März 2021 (AWA-act. 2 Beilage 4). In dieser Hinsicht ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ohne Weiteres gutzuheissen und der Einspracheentscheid ist insoweit aufzuheben, als ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vom 1. bis 20. Juni 2021 verneint wird.

4.

4.1 Gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG haben versicherte Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist und deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können. Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, der durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a 2. Satzteil AVIG).

4.2 Wie in der Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102; Botschaft BBl 2020 2068 S. 6563 ff.) in Ziff. 2.3.8 ausgeführt wird, besteht der Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung nicht in der Existenzsicherung des Betriebs bzw. der Deckung von Umsatz- oder Betriebseinbussen, sondern im Erhalt von Arbeitsplätzen durch die Verhinderung von kurzfristig aufgrund des Arbeitsrückgangs ausgesprochenen Kündigungen. Nach den laufend aktualisierten Weisungen des SECO an die kantonalen Arbeitsämter und die öffentlichen und privaten Arbeitslosenkassen "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" kann eine Pandemie 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 anrechenbar. Die Arbeitgeber müssen allerdings glaubhaft darlegen, inwiefern die Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind (vgl. nur Weisung Nr. 2020/01 des SECO vom 10. März 2020 S. 3). Während zu Beginn der Pandemie der blosse Hinweis auf diese als ausreichende Begründung betrachtet wurde (Weisung Nr. 2020/6 vom 9. April 2020 S. 5), galt

diese Erleichterung bereits seit August 2020 und mithin auch im hier interessierenden Zeitpunkt nicht mehr, sondern war eine nähere Plausibilisierung verlangt (vgl. etwa Weisung Nr. 2020/15 vom 30. Oktober 2020 Ziff. 2.2; zum Ganzen auch BGer 8C_555/2021 vom 24. November 2021 E. 3.3.1; 8C_503/2021 vom 18. November 2021 E. 4.3).

4.3 Verwaltungsweisungen, wie etwa Wegleitungen oder Kreisschreiben, richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 146 V 224 E. 4.4.2; 141 V 365 E. 2.4 mit Hinweisen). Dabei ist grundsätzlich diejenige Fassung mitzuberücksichtigen, die der Entscheidbehörde im Verfügungszeitpunkt vorgelegen hat (BGer 8C_503/2021 vom 18. November 2021 E. 4.2 mit Hinweis).

5. Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin ab 1. Juni 2021 die Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeit erfüllt. Dabei ist die Frage zu beantworten, ob die Beschwerdeführerin ausreichend plausibilisieren konnte, dass der von ihr auch noch ab 21. Juni 2021 geltend gemachte Arbeitsausfall infolge weiterhin fehlender Kundschaft und rückläufiger Nachfrage ihrer Dienstleistungen weiterhin auf die Pandemie zurückzuführen ist.

5.1 In den Fragebögen begründete die Beschwerdeführerin ihre geltend gemachten Arbeitsausfälle mit dem immer noch gering ausfallenden Umsatz, weil die Gäste weiterhin ausblieben (AWA-act. 6). Zudem habe der Inhaber unentgeltlich Vollzeit gearbeitet (AWA-act. 7). Diese Aussagen wurden durch die Treuhänderin der Beschwerdeführerin bekräftigt. Aus Corona bedingten Gründen würden die Gäste noch immer fernbleiben. Man hoffe aber, in den kommenden Wochen wieder mehr Umsatz zu generieren. Um den Angestellten nicht künden zu müssen, sei der Inhaber unentgeltlich eingesprungen (AWA-act. 5).

5.2 Die Beschwerdegegnerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Umsatzstagnation könne nicht mehr mit der Pandemie begründet werden. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei nicht auf Mittagsgäste ausgerichtet, sondern auf Kundschaft am Abend. Damit seien weder die Homeoffice-Empfehlung noch die pandemiebedingt fern-

bleibenden Mittagsgäste ursächlich für den stagnierenden Umsatz. Nachdem bereits Mitte April 2021 die Aussenbereiche wieder geöffnet worden seien und ab dem 26. Juni 2021 auch in den Innenbereichen die maximale Personenzahl aufgehoben worden sei, sei der noch im Juni 2021 mit 91,89 % geltend gemachte Arbeitsausfall nicht mehr plausibel begründbar (AWA-act. 1 E. 6).

5.3 Per 31. Mai 2021 wurde die weitgehende Aufhebung diverser behördlicher Massnahmen beschlossen, unter anderem die Öffnung der Innenbereiche von Restaurants und Bars. Auch waren unter anderem wieder Publikumsveranstaltungen in Innenräumen mit einer Limite von 100 Personen und draussen von 300 Personen möglich (vgl. Covid-19-Verordnung besondere Lage, Änderungen vom 26. Mai 2021; AS 2021 300). Per 26. Juni 2021 folgten weitere massgebliche Öffnungsschritte. So wurden unter anderem die Homeoffice-Pflicht und die Maskenpflicht im Freien aufgehoben. Ausserdem konnten in Restaurants wieder beliebig viele Personen zusammensitzen und Grossveranstaltungen mit Zertifikat ohne Beschränkungen von Kapazität und Anzahl Personen stattfinden; Diskotheken und Tanzlokale durften ebenfalls wieder öffnen, wenn auch mit der Zugangsbeschränkung Covid-Zertifikat (AS 2021 379).

Gemäss der Konjunkturumfrage Gastgewerbe der Konjunkturforschungsstelle (KOF) der ETH und von GastroSuisse habe der mengenmässige Absatz gegenüber dem Vorjahr kräftig zugenommen und entsprechend seien die Umsätze per Ende zweites Quartal 2021 gestiegen. Die Nachfrage habe seit Beginn der Krise in den letzten drei Monaten zugenommen. In der Gastronomie zeigte sich ein ähnliches Bild. Die Nachfrage habe kräftig angezogen, was zu einem höheren Absatzvolumen geführt habe, im Bereich Küche stärker als im Bereich Getränke (vgl. <https://gastrosuisse.ch/assets/de/branchenwissen/zahlen-und-trends/konjunkturkof/gastrosuisse-kof-broschuere-konjunkturumfrage-gastgewerbe-2021-quartal-2.pdf>).

5.4 Das vorstehend Dargelegte lässt die Begründung der Beschwerdeführerin für den geltend gemachten Arbeitsausfall als nicht plausibel erscheinen. Ab dem 1. Juni 2021 waren die Innenbereiche der Restaurants und Bars wieder geöffnet, ab dem 26. Juni 2021 konnten wieder beliebig viele Personen zusammensitzen. Folge davon war eine steigende Nachfrage und ein höheres Absatzvolumen. Angesichts dessen ist ein Arbeitsausfall von rund 93 % nicht glaubhaft gemacht.

Mit der Verwaltung ist zudem einig zu gehen, dass das Angebot der Beschwerdeführerin ohnehin nicht für Mittagsgäste ausgelegt ist. Obschon sie von einem breiteren Essensangebot spricht, zeigt ein Blick in deren Getränke- und Speisekarte, dass sie lediglich eine Fleisch- sowie Käseplatte in verschiedenen Variationen und Trüffel-Chips angeboten hat (vgl. AWA-act. 2 Beilage 6). Ihr Konzept als C. _____ war somit kaum auf die Mittagskundschaft ausgerichtet. Damit geht der Einwand fehl, die Mittagsgäste seien zufolge der Homeoffice-Empfehlung ferngeblieben.

5.5 Nichts daran zu ändern vermögen die aufgelegten Umsatzzahlen (AWA-act. 2 Beilagen 7–9). Laut eigenen Angaben betreibt die Beschwerdeführerin die Bar erst seit dem 1. Dezember 2020. Das Konzept und den Kundenstamm habe sie grösstenteils vom Vorgänger (D. _____ AG) übernommen (AWA-act. 2 S. 3). Dies bedeutet, dass die von ihr aufgelegten Umsatzzahlen für die Monate Dezember 2019 bis Februar 2020 (AWA-act. 2 Beilage 7) und für die Monate Juni bis August 2020 (AWA-act. 2 Beilage 8) den Vorgänger betrafen. Damit ist ein Vergleich mit den Umsatzzahlen ab Juni 2021 nur bedingt aussagekräftig, da ein Gastgeberwechsel sich auch nachteilig auf die Gästezahlen auswirken kann, selbst wenn das Konzept grossmehrheitlich übernommen wurde.

Ebenfalls fehlen Vergleichsgrössen für die Monate vor Juni 2021, da die Neueröffnung der C. _____ erst am 4. Juni 2021 stattfand. Wie oben dargelegt, nahm aufgrund der Lockerungsmassnahmen ab Juni 2021 die Nachfrage deutlich zu und die Umsätze stiegen an. Dies ist vorliegend nicht überprüfbar, was aber auch bedeutet, dass die Beschwerdeführerin nicht glaubhaft darzulegen vermag, inwiefern die Pandemie für die (tiefen) Umsatzzahlen und demzufolge für ihren geltend gemachten Arbeitsausfall ursächlich ist.

5.6 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass mangels Glaubhaftmachen des Arbeitsausfalls die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in dieser Hinsicht abzuweisen ist, soweit eine Kurzarbeitsentschädigung ab 21. Juni 2021 beantragt wird.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde insoweit teilweise gutzuheissen ist, als mangels Aufhebung der entsprechenden Verfügung ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vom 1. bis 20. Juni 2021 besteht. Im Übrigen erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

7. Mangels einer entsprechenden Bestimmung im AVIG ist das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenlos (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG). Die obsiegende Be-

schwerde führende Person hat gemäss Art. 61 lit. g ATSG Anspruch auf Ersatz der Parteikosten; diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. Nach der Rechtsprechung hat die Beschwerdeführerin bei teilweisem Obsiegen Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung (BGE 117 V 401 E. 2c). Die Beschwerdeführerin obsiegt vorliegend insoweit, als der Einspracheentscheid betreffend die Verneinung eines Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung für den Zeitraum vom 1. bis 20. Juni 2021 aufgehoben wird. Was den Anspruch auf eine Kurzarbeitsentschädigung ab dem 21. Juni 2021 anbelangt, unterliegt die Beschwerdeführerin. Mit Blick auf den Ausgang des Verfahrens – die Beschwerdeführerin obsiegt lediglich in einem geringen Umfang – rechtfertigt es sich, der Beschwerdeführerin zu Lasten des Beschwerdegegners eine reduzierte Parteientschädigung von ermessensweise Fr. 700.– (inkl. Auslagen und MWST) zuzusprechen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 7. September 2021, soweit er die Verneinung eines Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung vom 1. bis 20. Juni 2021 betrifft, aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Das AWA hat der Beschwerdeführerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 700.– (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Luzern Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden.
5. Mitteilung an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (im Doppel), an den Rechtsdienst der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug, an das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug sowie an das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Bern.

Zug, 15. März 2023

Im Namen der
SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHEN KAMMER
Der Vorsitzende

Der Gerichtsschreiber

versandt am