



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE KAMMER

Mitwirkende Richter: lic. iur. Adrian Willimann, Vorsitz
lic. iur. Jacqueline Iten-Staub und lic. iur. Ivo Klingler
Gerichtsschreiberin: MLaw Miriam Habegger-Schneider

U R T E I L vom 5. Dezember 2022 *[rechtskräftig]*
gemäss § 29 der Geschäftsordnung

in Sachen

A. _____ GmbH
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend

Arbeitslosenversicherung
(Kurzarbeitsentschädigung)

S 2021 61

A. Am 19. Januar 2021 reichte die A. _____ GmbH beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug (nachfolgend: AWA) eine Voranmeldung von Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb – alle Verkaufsstellen – ab 1. November 2020 bis 28. Februar 2021 (recte: 2021) ein (AWA-act. 2). Zur Begründung der Kurzarbeit verwies sie auf die Auswirkungen der behördlichen Massnahmen infolge der Covid-19-Pandemie. Alle Verkaufsläden seien von Amtes wegen geschlossen worden, einer bereits im November. Den Arbeitsausfall bezifferte sie mit 100 % (AWA-act. 2).

Mit Verfügung vom 22. Januar 2021 teilte das AWA der A. _____ GmbH mit, die Voranmeldung sei geprüft worden und es werde gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung teilweise Einspruch erhoben. Sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, könne die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug (nachfolgend: Arbeitslosenkasse) in der Zeit vom 22. Januar bis 21. April 2021 Kurzarbeitsentschädigung ausrichten. Das AWA begründete den teilweisen Einspruch im Wesentlichen damit, dass ein Bezug von Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 1. November 2020 bis 8. Februar 2009 (recte: 21. Januar 2021) infolge verspäteter Voranmeldung nicht bewilligt werden könne (AWA-act. 2). Gegen diese Verfügung erhob die A. _____ GmbH am 26. Januar 2021 Einsprache (AWA-act. 4), welche vom AWA mit Einspracheentscheid vom 23. März 2021 teilweise gutgeheissen wurde. Neu wurde eine Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 18. Januar bis 17. Juli 2021 bewilligt, da aufgrund der Änderungen der Covid-19- Gesetzgebung vom 19. März 2021 eine rückwirkende Bewilligung von Kurzarbeit auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens von behördlichen Massnahmen, welche ab dem 18. Dezember 2020 beschlossen worden waren, zulässig sei (AWA-act. 6).

B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 26. April 2021 beantragte die A. _____ GmbH sinngemäss eine Aufhebung des Einspracheentscheids, soweit er den Zeitraum vom 1. November 2020 bis 17. Januar 2021 betrifft und eine Bewilligung der Kurzarbeit für diesen Zeitraum.

C. Das AWA schloss mit Vernehmlassung vom 19. Mai 2021 auf Abweisung der Beschwerde.

Das Verwaltungsgericht erwägt:

1.

1.1 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]).

1.2 Der angefochtene Einspracheentscheid wurden vom AWA erlassen, weshalb das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerden örtlich und sachlich zuständig ist. Die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 23. März 2021 (act. 1) wurde am 28. April 2021 (Poststempel) der Post übergeben und gilt folglich – unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vor und nach Ostern (Art. 38 Abs. 4 lit. a ATSG) – als rechtzeitig erhoben. Die Beschwerdeführerin ist durch die teilweise Nichtbewilligung von Kurzarbeit 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).

2.

2.1 Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheids (in casu: 23. März 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 Im Zusammenhang mit Massnahmen wegen des Coronavirus (Covid-19) erliess der Bundesrat verschiedene Verordnungen, die innert kurzer Zeit mehrere Änderungen erfuhr. Das Verfahren zum Erlass von Gesetzes- und Verordnungsrecht war auf Bundesebene durch die ausserordentliche Lage im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie einer besonderen Dynamik unterworfen. Die Dringlichkeit der Massnahmen brachte es mit sich, dass in hoher Kadenz Notverordnungen erlassen, aufgehoben und ersetzt wurden, ohne dass eine in allen Teilen handwerklich ausgereifte, wohl durchdachte Rechtsetzung im Fokus stehen konnte. Mit dem Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 (Covid-19-Gesetz; SR 818.102) erhielt der Bundesrat besondere Befugnisse zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie und zur Bewältigung der Auswirkungen der getroffenen Massnahmen auf Gesellschaft, Wirtschaft und Behörden. So kann der Bundesrat nach Art. 17 Abs. 1 lit. d Covid-19-Gesetz vom AVIG abweichende Bestimmungen über den Ablauf des Verfahrens zur Voranmeldung von Kurzarbeit und zur Ausrichtung der Kurzarbeitsentschädigung sowie die Form von deren Auszahlung erlassen (vgl. dazu BGE 148 V 144 E. 4). Es wurden in der Folge aber auch einige dieser Aspekte direkt im Gesetz geregelt (nachfolgend E. 3.3).

3.

3.1 Gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG haben Arbeitnehmer, 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).

Der Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung besteht 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 (BGE 147 V 359 E. 4.6.3 mit Hinweisen).

3.2 Beabsichtigt ein Arbeitgeber, für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, so muss er dies der kantonalen Amtsstelle mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit schriftlich voranmelden. Der Bundesrat kann für Ausnahmefälle

kürzere Voranmeldefristen vorsehen. Die Voranmeldung ist zu erneuern, wenn die Kurzarbeit länger als drei Monate dauert (Art. 36 Abs. 1 AVIG). Die Frist zur Voranmeldung von Kurzarbeit ist eine Verwirkungsfrist. Bei verspäteter Meldung ohne entschuldbaren Grund ist der Arbeitsausfall erst dann anrechenbar, wenn die für die Meldung notwendige Anmeldefrist abgelaufen ist (Art. 58 Abs. 4 AVIV).

3.3 Im Rahmen der am 19. März 2021 von der Bundesversammlung beschlossenen Änderungen des Covid-19-Gesetzes wurde unter anderem Art. 17b Covid-19-Gesetz eingefügt. Gemäss Art. 17b Abs. 1 Covid-19-Gesetz ist in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG keine Voranmeldefrist für Kurzarbeit einzuhalten. Sodann ist die Voranmeldung zu erneuern, wenn die Kurzarbeit länger als sechs Monate dauert. Gemäss der vorliegend massgebenden Fassung vom März 2021 war für die rückwirkende Anpassung einer bestehenden Voranmeldung ein entsprechendes Gesuch bis zum 30. April 2021 bei der kantonalen Amtsstelle einzureichen (Art. 17b Abs. 1 Covid-19-Gesetz; Stand 20. März 2021; [in Kraft bis zum 31. Dezember 2021] vgl. auch AS 2021 153 S. 8). Weiter wurde Betrieben, die aufgrund der seit dem 18. Dezember 2020 beschlossenen behördlichen Massnahmen von Kurzarbeit betroffen waren, der Beginn der Kurzarbeit in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG auf Gesuch hin neu rückwirkend auf das Inkrafttreten der entsprechenden Massnahme bewilligt. Ein entsprechendes Gesuch war ebenfalls bis zum 30. April 2021 bei der kantonalen Amtsstelle einzureichen (Art. 17b Abs. 2 Covid-19-Gesetz, Stand 20. März 2021 [in Kraft bis zum 31. Dezember 2021]; vgl. auch AS 2021 153 S. 8).

Die Gesetzesänderung vom 19. März 2021 wurde für dringlich erklärt und am 20. März 2021 rückwirkend auf den 1. September 2020 in Kraft gesetzt (AS 2021 153 S. 9).

3.4 Die Weisungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" wurden während der ganzen Pandemie laufend angepasst, so auch in Folge der Gesetzesänderung vom 19. März 2021. Gemäss Weisung Nr. 06/2021 vom 19. März 2021 waren zwischen dem 20. März 2021 und dem 31. Dezember 2021 keine Voranmeldefristen mehr zu beachten. Die Bewilligung der Kurzarbeit konnte demzufolge ab dem Tag des Eingangs der Voranmeldung ausgestellt werden. Rückwirkend ab dem 1. September 2020 (Beginn der bewilligten Kurzarbeit) konnte die Voranmeldefrist für bereits erteilte Bewilligungen aufgehoben und die Bewilligung auf das Datum der Voranmeldung zurückverschoben werden. Diese Anpassungen durften jedoch nur auf schriftliches Gesuch des Betriebs an die kantonale Amtsstelle bis 30. April 2021

erfolgen. Eine tatsächlich rückwirkende Erteilung einer Bewilligung war gemäss Weisungen hingegen nur für Betriebe möglich, die von den ab 18. Dezember 2020 beschlossenen Massnahmen betroffen waren (vgl. Weisung Nr. 2021/06 vom 20. Januar 2021 S. 12). Diese konnten bei der kantonalen Amtsstelle ein Gesuch stellen, um ab dem Inkrafttreten der entsprechenden Massnahme Kurzarbeitsentschädigung zu erhalten, unabhängig vom Einreichungsdatum der Voranmeldung. Eine rückwirkende Bewilligung auf das Schliessungsdatum für Betriebe, die von kantonalen Massnahmen betroffen waren, welche vor dem 18. Dezember 2020 beschlossenen worden waren, schloss das seco hingegen explizit aus. Allerdings konnten auch hier bestehende Bewilligungen auf Gesuch hin, ab dem Voranmeldedatum bewilligt und / oder auf sechs Monate verlängert werden (vgl. Weisung Nr. 2021/06 vom 20. Januar 2021 S. 14).

3.5 Bei den vom SECO aufgrund der Pandemie erlassenen Sonderregelungen handelt es sich um Verwaltungsweisungen, welche sich grundsätzlich nur an die Durchführungsstellen richten und für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich sind. Das Gericht berücksichtigt indessen diese Weisungen insbesondere dann und weicht nicht ohne triftigen Grund davon ab, wenn sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren rechtlichen Bestimmungen zulassen und eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben enthalten. Dadurch trägt es dem Bestreben der Verwaltung Rechnung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten (BGE 148 V 102 E. 4.2; 140 V 543 E. 3.2.2.1, je mit Hinweisen).

3.6 Gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. a und b des Epidemieggesetzes hat der Bundesrat am 19. Juni 2020 die Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26) erlassen. Am 18. Dezember 2020 beschloss er, die geltenden Massnahmen zur Eindämmung der Epidemie zu verschärfen und ein Verbot von Restaurations-, Bar- und Clubbetrieben sowie von Diskotheken und Tanzlokalen anzuordnen (Art. 5a Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage, in Kraft ab 22. Dezember 2020; AS 2020 5813). Am 13. Januar 2021 wurde per 18. Januar 2021 eine weitere Verschärfung der Massnahmen beschlossen, neu waren nun auch Einkaufsläden sowie Märkte im Freien für das Publikum geschlossen. Zulässig war allein das Abholen bestellter Ware vor Ort (Art. 5e Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage, Stand 18. Januar 2021; AS 2021 7).

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin gelangte am 19. Januar 2021 mit einer Voranmeldung zur Kurzarbeit für den Gesamten Betrieb, ab 1. November 2020 bis 28. Februar 2021, an den Beschwerdegegner, welcher daraufhin einen Leistungsbezug vor dem 22. Januar 2021 vorerst ablehnte (Verfügung vom 22. Januar 2021; AWA-act. 2). Im angefochtenen Einspracheentscheid vom 23. März 2021 stimmte er dann einem Bezug von Kurzarbeitsentschädigung ab dem 18. Januar 2021 bis 17. Juli 2021 zu. Damit schenkte er insbesondere den Gesetzesänderungen vom 19. März 2021 Nachachtung, in dem er auf die Einhaltung einer Voranmeldefrist gänzlich verzichtete und die Bewilligung von Kurzarbeit auf sechs Monate ausdehnte (vgl. vorne E. 3.4), was nicht beanstandet wird.

Streitig und zu beurteilen ist hingegen, ob die Beschwerdeführerin bereits vor dem 18. Januar 2021 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hat.

4.2 Vorliegend hatte die Beschwerdeführerin aktenkundig bereits im Zeitraum vom 23. März 2020 bis 22. Juni 2020 - infolge Covid-19-bedingter behördlicher Ladenschliessung (sog. Lockdown) - für den gesamten Betrieb Kurzarbeitsentschädigung bezogen (vgl. Verfügung AWA vom 24. März 2020, AWA-act. 1). In der entsprechenden Verfügung wurde sie darauf aufmerksam gemacht, dass für eine Fortführung der Entschädigung ein erneutes Gesuch gestellt werden müsste. Ein solches ist nicht aktenkundig und wird auch nicht behauptet.

Die Beschwerdeführerin schrieb in ihrer Einsprache vom 26. Januar 2021 denn auch, dass sie sofort nach Beendigung des "Shutdowns" im Juni 2020 die Arbeit wieder aufgenommen habe. Die Verkäufe hätten bis Ende Oktober auch recht vielversprechend ausgesehen, dann sei es wieder zu Schliessungen gekommen (AWA-act. 4). In der Beschwerde führt sie aus, am 1. November 2020 sei ihr Pop-up Store in Genf aufgrund von kantonalen Massnahmen wegen Corona geschlossen worden, weshalb die für diesen Laden vorgesehenen Mitarbeiter nicht mehr hätten weiter arbeiten können. Ein anderer Einsatzort sei nicht möglich gewesen. Ähnliches geht auch aus der bei den Akten liegenden Voranmeldung Kurzarbeit vom 26. Januar 2021 für die Betriebsabteilung "Verkauf Shop – Geneva B. _____" hervor (AWA-act. 3). Gestützt auf diese Tatsache ersucht die Beschwerdeführerin nun um Gewährung einer rückwirkenden Bewilligung von Kurzarbeit bereits ab dem 1. November 2020.

4.3 Obwohl die Beschwerdeführerin die Möglichkeit bzw. das Prozedere zur Anmeldung von Kurzarbeit bereits kannte, hatte sie es trotz Schliessung des Pop-up

Stores in Genf im November 2020 unterlassen, für die dortigen Mitarbeiter umgehend Kurzarbeit anzumelden. Davon, dass dies später rückwirkend möglich sein würde, konnte sie damals nicht ausgehen, denn grundsätzlich ist die Voranmeldefrist eine Verwirkungsfrist und eine rückwirkende Gewährung von Kurzarbeit nicht möglich (vgl. E. 3.2).

Aufgrund der Aktenlage steht fest und ist unbestritten, dass die erneute Voranmeldung von Kurzarbeit erst am 19. Januar 2021 beim Beschwerdegegner eingereicht wurde (AWA-act. 2). Der Beschwerdegegner hat die Bewilligung von Kurzarbeit folglich zu Recht nach dem rückwirkend ab 1. September 2020 gültig gewesenen Art. 17b Abs. 1 und 2 Covid-19-Gesetz beurteilt, und sie ab Inkrafttreten der Schliessung von Verkaufsgeschäften per 18. Januar 2021 bewilligt (vgl. vorne E. 3.3 und 3.6).

Denn eine rückwirkende Bewilligung von Kurzarbeit bereits ab dem 1. November 2020 sieht auch Art. 17b Abs. 2 Covid-19-Gesetz nicht vor. Danach sind (ausnahmsweise) rückwirkende Bewilligungen von Kurzarbeit den Betrieben zu gewähren, welche von den ab 18. Dezember 2020 beschlossenen Massnahmen betroffen waren und die Voranmeldung für diesen Zeitpunkt nicht rechtzeitig erneuerten. Damit sollte verhindert werden, dass die Voranmeldefrist dazu führt, dass der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nicht ab Beginn der (erneut bundesweit geltenden) behördlichen Massnahmen entstand (vgl. BGE 148 V 102 E. 4.4 mit Hinweis). Aus den Weisungen des seco geht jedoch – wie auch aus der Bestimmung selbst - klar hervor, dass vor dem 18. Dezember 2020 von einzelnen Kantonen beschlossene Massnahmen nicht zu einer rückwirkenden Bewilligung von Kurzarbeit führen (Weisung Nr. 2021/06 vom 20. Januar 2021 S. 14; vgl. vorne E. 3.4). Für eine rückwirkende Bewilligung von Kurzarbeit ab dem 1. November 2020, wie sie die Beschwerdeführerin beantragt, besteht demnach keine gesetzliche Grundlage. Die Voranmeldung für Kurzarbeit vom 19. Januar 2021 erfolgte für eine Bewilligung von Kurzarbeit ab dem 1. November auch unter den Sonderregeln des Covid-19-Gesetzes verspätet. Folglich kann die Beschwerdeführerin aus der von ihr geltend gemachten Schliessung des Pop-up Stores durch die Genfer Behörden per 1. November 2020 nichts zu ihren Gunsten ableiten.

5. Nach dem Gesagten ist die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung vom 18. Januar 2021 bis zum 17. Juli 2021 zu bewilligen, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

Der Einspracheentscheid vom 23. März 2021 (AWA-act. 6) erweist sich somit als rechens, folglich ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

6. Das Verfahren ist nach Art. 61 lit. f^{bis} ATSG kostenlos und der vollumfänglich unterliegenden Beschwerdeführerin ist in Übereinstimmung mit Art. 61 lit. g ATSG keine Parteienschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen
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 Beschwerdeführerin (mit ausführlicher Rechtsmittelbelehrung), an den Beschwerdegegner, an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug, Rechtsdienst, Zug sowie an das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Bern.

Zug, 5. Dezember 2022

Im Namen der
SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHEN KAMMER
Der Vorsitzende

Die Gerichtsschreiberin

versandt am