



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE KAMMER

Mitwirkende Richter: lic. iur. Adrian Willimann, Vorsitz
lic. iur. Jacqueline Iten-Staub und Dr. iur. Matthias Suter
Gerichtsschreiberin: MLaw Andrea Henggeler

U R T E I L vom 20. Februar 2024
gemäss § 29 der Geschäftsordnung

in Sachen

A. _____
Beschwerdeführerin
vertreten durch RA B. _____

gegen

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

betreffend

Arbeitslosenversicherung
(Kurzarbeitsentschädigung)

S 2022 102

A. C._____ ist ein Einzelunternehmen, welches Dienstleistungen in den Bereichen Finanz-, Banken-, Vermögensverwaltungs- und Firmenberatung anbietet. Am 14. August 2020 reichte A._____ als Inhaberin von C._____ beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) eine Voranmeldung von Kurzarbeit für die Zeit vom 24. August bis 23. November 2020 für einen Arbeitnehmer bei einem Arbeitsausfall von 100 % ein. Dies wurde damit begründet, dass für das Jahr 2019 ein neuer Geschäftsbereich – Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Gründung, Registrierung und der fortlaufenden Administration von Alternative Investment Fonds in D._____ – eingeplant, dafür ab dem 15. Januar 2020 ein Mitarbeiter eingestellt worden sei und sich zwei Projekte, für welche der Arbeitseinsatz des Mitarbeiters vorgesehen gewesen sei, aufgrund der Einschränkungen im Zusammenhang mit der Covid-Pandemie verzögern würden (AWA-act. 1). Am 17. August 2020 verfügte das AWA, dass es gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung keinen Einspruch erhebe (AWA-act. 2). Am 13. November 2020 wurde eine weitere Voranmeldung von Kurzarbeit für die Zeit vom 24. November 2020 bis 24. Februar 2021 wiederum für einen Mitarbeiter und einen Arbeitsausfall von 100 % eingereicht (AWA-act. 3). Auch dagegen erhob das AWA keinen Einspruch (Verfügung vom 19. November 2020 [AWA-act. 4]). Am 23. Februar 2021 reichte A._____ eine weitere Voranmeldung von Kurzarbeit für die Zeit ab dem 24. Februar 2021 per E-Mail ein (AWA-act. 5). In diesem Fall erhob das AWA gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung teilweise Einspruch, da die 10-tägige Frist für die Meldung nicht eingehalten worden sei. Das Gesuch wurde deshalb erst ab dem 5. März 2021 teilweise gutgeheissen (Verfügung vom 24. Februar 2021 [AWA-act. 6]). Die vorerst letzte Voranmeldung von Kurzarbeit datiert schliesslich vom 20. Mai 2021 (übermittelt per E-Mail vom 21. Mai 2021; AWA-act. 7).

Am 28. Juli 2021 verfügte das AWA betreffend die Voranmeldung von Kurzarbeit vom 14. August 2020, dass die Verfügung vom 17. August 2020 aufgehoben und gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung Einspruch erhoben werde. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die C._____ die Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalles nicht genügend begründet habe (AWA-act. 11). Gegen diese Verfügung erhob A._____ am 25. August 2020 [recte: 2021] Einsprache (AWA-act. 12).

Mit Verfügung vom 10. Juni 2022 hob das AWA die Verfügungen vom 28. Juli 2021, 17. August 2020, 19. November 2020 und 24. Februar 2021 auf und erhob gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung Einspruch, wofür sie die gleiche Begründung wie mit Verfügung vom 28. Juli 2021 vorbrachte (AWA-act. 13).

Mit Einspracheentscheid vom 23. Juni 2022 wies das AWA die Einsprache vom 25. August 2021 ab und bestätigte die Verfügung vom 28. Juli 2021 bzw. 10. Juni 2022 (AWA-act. 16).

B. Am 25. August 2022 liess A. _____ (fortan: Beschwerdeführerin) für die C. _____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und beantragen, der Einspracheentscheid vom 23. Juni 2022 und die dem Einspracheentscheid zugrunde liegenden Verfügungen vom 28. Juli 2021 und 10. Juni 2022 seien aufzuheben und das Gesuch auf Kurzarbeitsentschädigung ab dem 24. August 2020 sei gutzuheissen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners (zzgl. MWST; act. 1).

C. Mit Vernehmlassung vom 12. September 2022 beantragte das AWA (fortan: Beschwerdegegner) die Abweisung der Beschwerde und verzichtete im Übrigen auf eine weitere Stellungnahme (act. 3).

Das Verwaltungsgericht erwägt:

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]). Der angefochtene Einspracheentscheid wurde vom Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug erlassen, weshalb das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur Beurteilung der vorliegenden

Beschwerde örtlich und sachlich zuständig ist. Die Beschwerde vom 25. August 2022 ging – unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes (Art. 38 Abs. 4 lit. b ATSG) – rechtzeitig ein. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid direkt betroffen und somit zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerde entspricht schliesslich auch den Formvorschriften, weshalb sie zu prüfen ist. Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

2. Die Beschwerdeführerin verlangt die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 23. Juni 2022 und die dem Einspracheentscheid zugrunde liegenden Verfügungen vom 28. Juli 2021 und 10. Juni 2022. Diesbezüglich gilt es festzuhalten, dass der Einspracheentscheid gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts an die Stelle der Verfügung tritt und damit alleiniger Anfechtungsgegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet. Die Verfügung, soweit angefochten, hat mit Erlass des Einspracheentscheids jede rechtliche Bedeutung verloren (BGE 119 V 347 E. 1b; BGer 8C_592/2012 vom 23. November 2012 E. 3.2). Daher ist, soweit die Aufhebung der Verfügungen vom 28. Juli 2021 und 10. Juni 2022 beantragt wird, kein Anfechtungsgegenstand gegeben, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

3. In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs und begründet dies damit, dass ihr das Einspracherecht gegen die Verfügung vom 10. Juni 2022 entzogen worden sei (act. 1 Ziff. 33 ff.).

3.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 42 Satz 1 ATSG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1 mit Hinweisen).

Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Praxisgemäss kann eine – nicht besonders schwerwiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit er-

hält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines – allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (BGE 127 V 431 E. 3d/aa). Nach der Rechtsprechung kann selbst eine schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären. Voraussetzung ist, dass die heilende Instanz selber in Bezug auf die vom Gehörmangel betroffenen Aspekte die gleiche Kognition hat wie die untere Instanz (BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2). Unter diesen Umständen kann sogar eine Pflicht zur Heilung im Rechtsmittelverfahren bestehen (BGer I 706/06 vom 9. Januar 2008 E. 4.2.1 mit Hinweisen).

3.2 Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin am 25. August 2021 gegen die Verfügung vom 28. Juli 2021 Einsprache erhoben hat. Aktenkundig ist sodann, dass das AWA während des Einspracheverfahrens am 10. Juni 2022 eine weitere Verfügung erlassen hat und dass mit Einspracheentscheid vom 23. Juni 2022 die Einsprache vom 25. August 2021 beurteilt und diese dabei gleichermassen als Einsprache gegen die Verfügung vom 10. Juni 2022 behandelt wurde. Dadurch schränkte die Vorinstanz das Mitwirkungsrecht und damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin ein, wurde ihr doch das Recht entzogen, gegen die Verfügung vom 10. Juni 2022 ebenfalls Einsprache zu erheben (Einspracherecht nach Art. 52 Abs. 1 ATSG).

Wie der Beschwerdegegner im angefochtenen Einspracheentscheid aber zu Recht festgestellt hat (vgl. AWA-act. 16 S. 2 oben), lag der Verfügung vom 10. Juni 2022 derselbe Sachverhalt wie der Verfügung vom 28. Juli 2021 zugrunde. Zudem wurden die beiden Verfügungen materiell identisch begründet. Dementsprechend darf davon ausgegangen werden, dass im Rahmen der Einsprachen ebenfalls die gleichen Gründe vorgebracht worden wären. Dies zeigt sich auch daran, dass in der am 11. Juli 2022 (AWA-act. 17) im Nachgang zum Einspracheentscheid gegen die Verfügung vom 10. Juni 2022 erhobenen Einsprache keine Vorbringen angeführt wurden, die nicht auch mit Beschwerde vom 25. August 2022 geltend gemacht wurden. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin lassen somit darauf schliessen, dass eine Wiederholung des Einspracheverfahrens zu keinem anderen Ergebnis führen würde. Die bereits aus formellen Gründen beantragte Rückweisung würde dementsprechend mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einem formalistischen Leerlauf und einer unnötigen Verfahrensverzögerung führen. Vor Verwaltungsgericht konnte sich die Beschwerdeführerin schliesslich umfassend äussern, sodass

die Gehörsverletzung im Verwaltungsverfahren im Beschwerdeverfahren vor dem mit voller Kognition ausgestatteten Verwaltungsgericht als geheilt zu betrachten ist.

4.

4.1 Das AWA erhob gegen die Voranmeldungen von Kurzarbeit vorerst keinen, resp. lediglich hinsichtlich Nichteinhalten der Meldefrist Einspruch (AWA-act. 2, 4, 6). Nachdem am 21. Mai 2021 eine weitere Voranmeldung für Kurzarbeit eingereicht worden war (AWA-act. 7), kontaktierte das AWA am 25. Mai 2021 per E-Mail A._____ und bat um Erklärung, inwiefern die Arbeit derart beeinträchtigt sei, dass ein Arbeitsausfall von 100 % nötig werde. A._____ antwortete am 4. Juni 2021 und präziserte auf weitere Nachfrage am 8. Juli 2021. Dabei führte sie an, dass der von der Kurzarbeit betroffene Mitarbeiter speziell für ein geplantes Projekt, nämlich den Aufbau eines Fonds in D._____, engagiert, geschult und ausgebildet worden sei (AWA-act. 8). In den Zuständigkeitsbereich des Mitarbeiters falle die Administration im Zusammenhang mit dem fertiggestellten Projekt "E._____" (fortan: Bridge Fond) in D._____. Dafür sei er sechs Monate geschult worden und die Aufgaben könne er übernehmen, sobald der zu administrierende Fond registriert werde. Die Registrierung sei aufgrund der Covid-bedingt erschwerten Umständen noch nicht vollzogen. Die meisten Kunden seien Ultra High Net Worth, High Net Worth Individuals und Unternehmer aus F._____ und der GUS Region. Diese dürften noch immer nicht in europäische Länder einreisen, seien in Quarantäne, erkrankt oder fürchteten sich vor dem Reisen. Darum hätten die Termine nicht eingehalten werden können. Diese Situation hätte zu einem fehlenden Wachstum des Unternehmens, welches strategisch geplant und langfristig vorgesehen worden sei, geführt. Um den Arbeitsausfall möglichst tief zu halten, seien sie im Prozess, ähnliche Projekte mit vermögenden Kunden aus dem europäischen Raum zu akquirieren, in der Annahme, dass solche Kunden weniger von den Reiseeinschränkungen betroffen seien. Zudem werde der Mitarbeiter auf ein CRM Programm geschult (AWA-act. 10).

4.2 Mit Verfügung vom 28. Juli 2021 hob das AWA die Verfügung vom 17. August 2020 auf und erhob Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung. Dies begründete es damit, dass per 15. Januar 2020 ein Assistent eingestellt und dieser anschliessend sechs Monate lang intern geschult worden sei. Ab August 2020 sei für diesen Mitarbeiter Kurzarbeit beantragt und dabei jeweils Arbeitsausfälle zwischen 68 und 100 % geltend gemacht worden. Es sei erstaunlich, dass ausgerechnet nach Abschluss der sechsmonatigen internen Ausbildung der Antrag auf Kurzarbeit gestellt worden sei. Die C._____ habe nicht darlegen können, weshalb ein Arbeitsausfall zwischen 68 und

100 % eingetreten sei. Die Frage, welche Vorkehrungen getroffen worden seien, um im Rahmen der Schadenminderungspflicht die Kurzarbeit möglichst tief zu halten, sei nicht beantwortet worden. Die C. _____ habe die Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalles nicht plausibel begründen können, weshalb der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab August 2020 abgelehnt werden müsse (AWA-act. 11).

4.3 Gegen die Verfügung vom 28. Juli 2021 erhob A. _____ mit datierter Eingabe vom 25. August 2020 [recte: 2021] Einsprache. Sie führte an, dass der Arbeitsausfall von 68 bis 100 % nur einen einzelnen Angestellten, jedoch nicht den Gesamtbetrieb betreffe. Dieser Formfehler sei zu beheben und der den Gesamtbetrieb betreffende Prozentsatz des Arbeitsausfalles solle entsprechend korrigiert werden. Ausserdem sei es falsch, dass der Mitarbeiter eine interne Ausbildung bekommen habe. Richtig sei, dass er während der Probezeit in der Benutzung der internen Programme geschult worden sei, damit er direkt für seine spezifischen Aufgaben im Projekt eingesetzt werden könne. Die internen Programme hätten jedoch erst ab einem gewissen Stadium des Projekts, welches für das zweite Quartal 2020 eingeplant worden sei, eingesetzt werden können. Trotz ihres vollen Einsatzes werde dieses Stadium erst in 4–6 Wochen erreicht, was auf die Einschränkungen und Massnahmen im Zusammenhang mit dem Covid-Virus zurückzuführen sei. Zudem habe sie in den Kurzarbeitsanträgen, den monatlich begleitenden Begründungen der Geltendmachung und in verschiedenen E-Mails jeweils dargelegt, warum der Arbeitsausfall eingetreten sei (AWA-act. 12).

4.4 Mit Verfügung vom 10. Juni 2022 teilte das AWA mit, dass die Voranmeldung vom 14. August 2020 erneut geprüft worden sei. Es entschied, dass die Verfügungen vom 28. Juli 2021, 17. August 2020, 19. November 2020 und 24. Februar 2021 aufgehoben und Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung erhoben werde. Die Verfügung wurde identisch begründet wie diejenige vom 28. Juli 2021 (AWA-act. 13).

5. Strittig und zu prüfen ist somit nachfolgend, ob der Beschwerdegegner zu Recht im Rahmen des Voranmeldungsverfahrens gemäss Art. 36 AVIG in Wiedererwägung seiner ursprünglichen Verfügungen vom 28. Juli 2021, 17. August 2020, 19. November 2020 und 24. Februar 2021 Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung ab dem 24. August 2020 erhoben hat.

6.

6.1 Gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG (Wiedererwägung) kann die Verwaltung auf eine formell rechtskräftige Verfügung zugunsten oder zuungunsten der versicherten Person zurückkommen, soweit die Verfügung nicht Gegenstand materieller gerichtlicher Beurteilung geworden ist, sie zweifellos unrichtig ist und ihre Berichtigung als von erheblicher Bedeutung erscheint (vgl. BGE 133 V 50 E. 4.1).

6.2 Die Wiedererwägung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung, unter Einschluss unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts (BGE 144 I 103 E. 2.2; vgl. auch Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Aufl. 2020, Art. 53 N 46 mit Hinweis auf BGE 127 V 10 E. 4b). Zweifellos ist die Unrichtigkeit, wenn kein vernünftiger Zweifel daran möglich ist, dass die Verfügung (gemeint ist hierbei immer auch ein allfälliger Einspracheentscheid) unrichtig war. Es ist nur ein einziger Schluss – derjenige auf die Unrichtigkeit der Verfügung bzw. des Einspracheentscheids – möglich. Das Erfordernis der zweifellosen Unrichtigkeit ist in der Regel erfüllt, wenn die gesetzeswidrige Leistungszusprechung aufgrund falscher oder unzutreffender Rechtsregeln erlassen wurde oder wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden. Die Frage nach der zweifellosen Unrichtigkeit beurteilt sich nach der Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung bzw. des Einspracheentscheids, einschliesslich der damaligen Rechtspraxis (BGE 140 V 77 E. 3.1).

7.

7.1 Der Beschwerdegegner verneinte einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab dem 24. August 2020 mit der Begründung, dass die Glaubhaftmachung eines Ausfalls infolge der Pandemie nicht gelungen sei. Vielmehr habe die Beschwerdeführerin einen selbstbestimmten Unternehmensentscheid getroffen, als sie den Mitarbeiter vor der Pandemie eingestellt habe, um diesen zu einem späteren aber ungewissen Zeitpunkt (tatsächlich abgeschlossene Registrierung eines Fonds) tätig werden zu lassen. Komme es bei einer solchen Sachlage zu einer Verzögerung und könne der Arbeitnehmer deswegen seine Arbeit nicht ausführen, so trage hierfür die Arbeitgeberin grundsätzlich das Risiko eines Ausfalls als gewöhnliches Betriebsrisiko. Bei der Vornahme und des Abschlusses einer Registrierung handle es sich um ein zeitlich nicht genau fixiertes Geschäft. So werde denn auch in der Einsprache selber dargelegt, dass das Erreichen des Stadiums regulär für das 2. Quartal eingeplant gewesen sei. Bei einer solchen Planung könnten sich sachgemäss ungeachtet einer Pandemie auch andere unvorhersehbare, aber branchen-, berufs- oder betriebsübliche Faktoren ereignen, welche zu einer Verzögerung der Registrierung des

Fonds führten. Ein damit begründeter Ausfall falle damit unter ein normales Betriebsrisiko. Zudem könne auch bei rechtzeitiger Registrierung und Fehlen der Reisebeschränkungen und Quarantänebestimmungen nicht davon ausgegangen werden, dass die potenziellen Investoren tatsächlich investiert hätten. Das würde wiederum ein branchen-, berufs- oder betriebsübliches Risiko darstellen und der hierbei entstehende Ausfall sei nicht auf die Pandemie zurückführbar. Ein ausserordentlicher wirtschaftlicher Grund und ein damit einhergehender unvermeidbarer Arbeitsausfall sei somit nicht plausibel begründet (AWA-act. 16 E. 9a und 9b).

7.2 Die Beschwerdeführerin legte in ihrer Beschwerde vom 25. August 2022 im Wesentlichen nochmals dar, wofür der Mitarbeiter angestellt worden war und dass seine Arbeit aufgrund der Massnahmen und Restriktionen im Zusammenhang mit der Covid-Pandemie ausgefallen sei. Sie ergänzte, dass für den Abschluss der Gründung des Bridge Fonds eine Kooperationsvereinbarung zwischen den Investoren und der G. _____ AG – welche die Beschwerdeführerin für die Strukturierung und die operative Registrierung des Fonds beauftragte – hätte unterzeichnet werden müssen, wobei deren Inhalt bereits final ausgehandelt gewesen sei. Die Investoren hätten ihre Zustimmung zur Errichtung des Bridge Fonds bereits gegeben, weshalb die Unterzeichnung des Kooperationsvertrags nur noch eine Formsache gewesen wäre. Aus kulturellen Gründen bestünden Investoren aus osteuropäischen Ländern vor der Vertragsunterzeichnung auf ein physisches Treffen mit den Vertragspartnern. Ein solches Treffen diene der Vertrauensbildung und sei nicht durch eine Videokonferenz ersetzbar. Die Investoren hätten aufgrund der Reiseeinschränkungen nicht in die Schweiz kommen können, weshalb die Kooperationsvereinbarung nicht unterzeichnet worden sei. Zudem hätten die Investoren auch für die Eröffnung eines Bankkontos physisch in der Schweiz anwesend sein müssen. Der Mitarbeiter habe deswegen – trotz Bemühungen ihrerseits für ihn andere Beschäftigungen wie die Übernahme sämtlicher administrativer Arbeiten und das Herumchauffieren der Chefin – einen erheblichen Arbeitsausfall hinnehmen müssen (act. 1 S. 5 ff.). Dieser Arbeitsausfall habe folglich wirtschaftliche Ursachen, die auf das Auftreten des [Covid-]Virus und den damit verbundenen behördlichen Massnahmen zurückzuführen seien. Infolgedessen sei der Arbeitsausfall des Mitarbeiters gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG anrechenbar, weshalb ihrem Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung stattzugeben sei (act. 1 S. 11).

Darüber hinaus sei das Argument des Beschwerdegegners, wonach andere Gründe als die Pandemie zu einer Verzögerung der Fonds-Registrierung hätten führen können, gegenstandslos. Gleiches gelte für das Argument, dass es ohnehin keine Garantie dafür ge-

ben würde, dass die Investoren nach einer erfolgreichen Registrierung tatsächlich in den Bridge Fonds investiert hätten. In Übereinstimmung mit der Praxis des SECO sei lediglich zu prüfen, ob die Registrierung des Bridge Fonds aufgrund der Pandemie verzögert worden sei und der Mitarbeiter deswegen einen Arbeitsausfall hinzunehmen gehabt habe. Beides sei klar zu bejahen (act. 1 S. 13).

8.

8.1 Ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn unter anderem der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. b und lit. d AVIG). Ein Arbeitsausfall ist u.a. anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe – in Berücksichtigung des präventiven Charakters der Kurzarbeitsentschädigung – sehr 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 (BGE 128 V 305 E. 3a; BGer 8C_549/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.2 und C 279/05 vom 2. November 2006 E. 1, je mit Hinweisen).

Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, 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 Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (BGE 121 V 371 E. 2a, 119 V 357 E. 1a, je mit Hinweisen). Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen, andere übliche Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG).

8.2 Gemäss Art. 32 Abs. 3 AVIG regelt der Bundesrat für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die auf behördliche Massnahmen, auf wetterbedingte Kundenausfälle oder auf andere vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen sind. Er kann für diese Fälle von Absatz 2 abweichende längere Karenzfristen vorsehen und bestimmen, dass der Arbeitsausfall nur bei vollständiger Einstellung oder erheblicher Einschränkung des Betriebes anrechenbar ist.

Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, sind anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (Art. 51 Abs. 1 AVIV).

8.3 Ein Arbeitgeber, der für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend machen will, muss dies mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit 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). In der Voranmeldung muss der Arbeitgeber unter anderem das Ausmass und die voraussichtliche Dauer der Kurzarbeit angeben (Art. 36 Abs. 2 lit. b AVIG) sowie die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründen und anhand der durch den Bundesrat bestimmten Unterlagen glaubhaft machen, dass die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 31 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 lit. a erfüllt sind. Die kantonale Amtsstelle kann weitere zur Prüfung nötige Unterlagen einverlangen (Art. 36 Abs. 3 AVIG). Hält die kantonale Amtsstelle eine oder mehrere Anspruchsvoraussetzungen für nicht erfüllt, erhebt sie durch Verfügung Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung (Art. 36 Abs. 4 Satz 1 AVIG).

8.4 Artikel 17a und 17b (in Kraft gewesen bis 31. Dezember 2022) des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102) sahen für die Kurzarbeitsentschädigung gewisse Abweichungen vom AVIG vor. Zudem wurde der Bundesrat in Art. 17 des Covid-19-Gesetzes ermächtigt, in gewissen – näher genannten – Bereichen abweichende Bestimmungen zu erlassen. Von dieser Befugnis hat er mit dem Erlass der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033) Gebrauch gemacht.

8.5 Wie in der Botschaft vom 12. August 2020 zum Covid-19-Gesetz (BBl 2020 2068 6563 ff.) in Ziff. 2.3.8 ausgeführt wird, besteht der Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung nicht in der Existenzsicherung des Betriebs beziehungsweise 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). Nach den laufend aktualisierten Weisungen des SECO "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 Sinn 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 (vgl. BGER 8C_555/2021 vom 24. November 2021 E. 3.3.1). Der Arbeitgeber muss aber weiterhin glaubhaft darlegen können, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen sind. Der einfache Hinweis auf die Pandemie genügt nicht als Begründung (Ziff. 2.2 der Weisung 2020/12 vom 27. August 2020: Aktualisierung "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie").

8.6 Auch sich in der Anlaufphase befindende Unternehmen haben nicht per se Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Nur Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, welche auf die Pandemie zurückzuführen sind beziehungsweise Arbeitsausfälle aufgrund behördlicher Massnahmen sind in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar. Nicht pandemiebedingte Beschäftigungsschwankungen und eine mangelnde Auslastung bei Neugründungen und Neupositionierungen sind hingegen dem normalen Betriebsrisiko zuzuordnen und auch Arbeitsausfälle, die unabhängig vom Auftreten der Covid-19-Pandemie entstanden wären, sind nicht anrechenbar, andernfalls würde dem Zweck des Instruments der Kurzarbeit entgegengewirkt und die missbräuchliche Inanspruchnahme von Kurzarbeitsentschädigung ermöglicht (SVGer ZH AL.2022.00037 vom 28. Juni 2022 E. 4.5).

8.7 Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, 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 gehören. Unter das normale Betriebsrisiko fallen Arbeitsausfälle, die üblich und vorhersehbar sind, regelmässig und wiederholt auftreten und deshalb kalkulatorisch erfassbar sind (AVIG-Praxis KAE Rz. D2). Was noch als "normal" gelten soll, darf nach der Rechtsprechung nicht nach einem für alle Unternehmensarten allgemeingültigen Massstab bemessen werden, sondern ist in jedem Einzelfall aufgrund der mit der spezifischen Betriebstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen (BGE 138 V 333 E. 4.2.2).

8.8 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 Einzel-

fall 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). Dabei ist grundsätzlich diejenige Fassung mitzuberücksichtigen, die der Entscheidbehörde im Verfügungszeitpunkt vorgelegen (und ihr gegenüber Bindungswirkung entfaltet) hat. Spätere Ergänzungen können allenfalls in die Entscheidungsfindung einfließen, insbesondere, wenn sie Schlüsse zulassen auf eine bereits zuvor gelebte Verwaltungspraxis (BGE 147 V 278 E. 2.2).

9.

9.1 Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin den Bridges Fonds nicht planmässig registrierte und der Mitarbeiter seine Tätigkeit nicht zum vorgesehenen Zeitpunkt aufnehmen konnte und damit einen Arbeitsausfall erlitt. Es gilt nachfolgend zu klären, ob dieser Arbeitsausfall nach Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar ist. Insbesondere ist strittig, ob der Arbeitsausfall auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar war.

9.2 Die Beschwerdeführerin stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die Reisebeschränkungen dazu geführt hätten, dass die Investoren nicht in die Schweiz hätten reisen können, somit das für den Kooperationsvertragsabschluss nötige Vertrauen nicht habe aufgebaut werden können, der Fond nicht plangemäss eröffnet worden sei und sich der Startzeitpunkt der Arbeitstätigkeit des für administrative Aufgaben eingestellten Mitarbeiters verzögert habe. Damit sei der Arbeitsausfall auf die Pandemie zurückzuführen und anrechenbar i.S.v. Art. 32 Abs. 1 AVIG.

9.3 Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Die Beschwerdeführerin selbst räumt ein, dass der Kooperationsvertrag mit den Investoren lediglich daran gescheitert sei, dass sich die Vertragsparteien nie in persona gesehen hätten, über den Vertragsinhalt ansonsten jedoch Konsens bestanden haben soll (vgl. act. 1 S. 5). Da aber dieses Treffen lediglich einen Wunsch der Investoren aufgrund der kulturellen Gepflogenheiten darstellt und nicht etwa auf ein rechtliches Erfordernis o.ä. fusst, ist der Abschluss des Kooperationsvertrags nicht aufgrund der Reiseeinschränkungen, sondern aufgrund der persönlichen Entscheidung des Vertragspartners gescheitert, wofür die Kurzarbeitsentschädigung nicht einzustehen hat. Solche Arbeitsausfälle können jeden Arbeitgeber treffen und sind somit

dem normalen Betriebsrisiko zuzuordnen, weshalb der Arbeitsausfall nicht anrechenbar ist. Hierfür spricht auch, wie vom Beschwerdegegner aufgezeigt, dass selbst bei erfolgreicher Registrierung und dem Fehlen der Reisebeschränkungen eine tatsächliche Investition in den Bridge Fonds nicht sicher gewesen wäre. Dies gehört zum normalen Betriebsrisiko, weshalb der hierbei entstehende Arbeitsausfall nicht auf die Pandemie zurückgeführt werden kann. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass alternative Lösungen zur physischen Präsenz im Hinblick auf die Eröffnung eines Bankkontos (z.B. moderne Identifizierungslösungen, Korrespondenzbanken, Stellvertretungen/Vollmachten, alternative Banklösungen) überhaupt in Erwägung gezogen und geprüft worden wären. Nach dem soeben Ausgeführten gilt jedenfalls als erstellt, dass der Arbeitsausfall durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko gehören. Damit ist der Arbeitsausfall nicht anrechenbar und ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab August 2020 zu verneinen.

10. Zusammenfassend lagen die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab dem 24. August 2020 offensichtlich nicht vor. Die erteilte Bewilligung von Kurzarbeit war damit zweifellos unrichtig und die Berichtigung dieses Entscheids von erheblicher Bedeutung. Die wiedererwägungsweise Aufhebung der fraglichen Verfügungen und der Einspruch des Beschwerdegegners gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung ab dem 24. August 2020 erfolgten demnach zu Recht. Nach dem Dargelegten ist der Einspracheentscheid vom 23. Juni 2022 somit zu bestätigen und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen.

11. Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung und/oder das Gericht bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei überwiegend wahrscheinlich und weitere Beweismassnahmen könnten an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, kann auf die Abnahme weiterer Beweise in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden (BGE 122 V 157 E. 1d).

Über die eingereichten Belege hinaus wurden die Einvernahmen von H. _____ und A. _____ als Zeugen beantragt. Diesbezüglich wird nicht bezweifelt, dass die angerufenen Zeugen dieselbe Rechtsansicht vertreten wie die Beschwerdeführerin. Dies kann das Gericht indes nicht zu einer anderen Sachbeurteilung verleiten. Entsprechend ist den Beweisanträgen in rechtmässiger Anwendung der antizipierten Beweiswürdigung nicht stattzugeben.

12. Mangels einer entsprechenden Bestimmung im AVIG ist das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenlos (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG). Eine Parteientschädigung ist bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht zuzusprechen (Art. 61 lit. g ATSG).

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 die Rechtsvertreterin 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, 20. Februar 2024

Im Namen der
SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHEN KAMMER
Der Vorsitzende

Die Gerichtsschreiberin

versandt am