



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 19. Januar 2023 (715 22 146 / 11)

Arbeitslosenversicherung

Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht nur, wenn glaubhaft dargetan werden kann, dass die geltend gemachten Arbeitsausfälle in direktem Zusammenhang mit der Pandemie respektive den von behördlicher Seite in diesem Kontext ergriffenen Massnahmen stehen.

Besetzung Präsidentin Doris Vollenweider, Kantonsrichterin Susanne Afheldt, Kantonsrichter Daniel Noll, Gerichtsschreiberin Christina Markiewicz

Parteien **A.**____, Beschwerdeführerin, vertreten durch Olivier Bieri, Rechtsanwalt, Marktplatz 18, 4001 Basel

gegen

KIGA Baselland, Ergänzende Massnahmen ALV, Güterstrasse 107, 4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin

Betreff Kurzarbeitsentschädigung (Corona)

A. Die A.____ ist eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit Sitz in Münchenstein und bezweckt gemäss Handelsregisterauszug die Beratung von Unternehmen und Organisationen aller Art im In- und Ausland. Sie erbringt Dienstleistungen im Bereich der Personalvermittlung, des Coachings, der IT-Projektberatung und der Konzeptionierung. Vom 16. März 2020

bis 30. November 2021 verfügte die A._____ für die Abteilung B._____ über eine Bewilligung zur Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung der Arbeitslosenversicherung infolge der Auswirkungen der Covid-19-Pandemie. Mit Voranmeldung vom 18. Oktober 2021 beantragte die A._____ beim Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Baselland (KIGA) für die Abteilung B._____ eine weitere Bewilligung zur Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung für den Zeitraum 1. November 2021 (richtig: 1. Dezember 2021) bis 28. Februar 2022 für alle fünf Mitarbeitenden bei einem voraussichtlichen Arbeitsausfall von 40 %. Mit Verfügung vom 23. November 2021 erhob das KIGA Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung. In der Begründung wies es darauf hin, dass es sich bei dem geltend gemachten Arbeitsausfall nicht mehr um einen aussergewöhnlichen handle, der mit der Pandemie begründet werden könne, sondern dieser Ausfall sei dem normalen Betriebsrisiko zuzuschreiben und somit nicht anrechenbar. Die dagegen erhobene Einsprache vom 14. Dezember 2021 wies die Einspracheinstanz des KIGA mit Entscheid vom 21. April 2022 ab. Zur Begründung führte sie an, dass mit Blick auf die Umsatzzahlen für die Kundensegmente Gastro, Event und (Luft)Verkehr davon auszugehen sei, dass im Betrieb während des Jahres 2021 grundsätzlich noch ein pandemiebedingter Arbeitsausfall angefallen sei. Dementsprechend habe der Betrieb auch über eine Bewilligung zur Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung bis zum 30. November 2021 verfügt. Nun mache die Einsprecherin auch für die Monate Dezember 2021 sowie Januar und Februar 2022 einen auf wirtschaftlichen Gründen beruhenden und unvermeidbaren sowie ausserordentlichen (auf die Pandemie zurückzuführenden) Arbeitsausfall geltend. Mit Blick auf die Situation auf dem Arbeitsmarkt sei der vorliegend ab Dezember 2021 geltend gemachte Arbeitsausfall nicht mehr hinreichend plausibel auf das Auftreten des Coronavirus respektive auf die Pandemie zurückzuführen, um noch als ausserordentlich und damit anrechenbar zu gelten. Die Lage habe sich ab Dezember 2021 weitgehend erholt, was sich aus allgemeinen Berichten zur Konjunktur ergebe (Adecco Group Swiss Job Market Index der Universität Zürich sowie Analysen der Konjunkturforschungsstelle der ETH Zürich). Auch sei das Kundensegment Gastro, Event und (Luft)Verkehr mit 24 % im Jahr 2019 nur ein kleiner Teil der Geschäftstätigkeit. Die Gesuchstellerin habe ferner mehr als eineinhalb Jahre Zeit gehabt, sich in anderen Bereichen ihrer Dienstleistungen zu etablieren. Damit wäre der für die drei genannten Kundensegmente geltend gemachte Arbeitsausfall – selbst wenn dieser noch als pandemiebedingt betrachtet würde – unter dem Gesichtspunkt der Vermeidbarkeit nicht anrechenbar.

B. Dagegen erhob die A._____, vertreten durch Advokat Olivier Bieri, mit Eingabe vom 24. Mai 2022 Beschwerde ans Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht. Sie beantragte, der angefochtene Entscheid vom 21. April 2022 sei aufzuheben und es seien ihr die gesetzlichen Leistungen respektive Kurzarbeitsentschädigung für den Zeitraum vom 1. Dezember 2021 bis zum 28. Februar 2022 zuzusprechen. Eventualiter sei der Entscheid vom 21. April 2022 aufzuheben und zwecks Klärung des Sachverhalts sowie zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Vorliegend genüge es, wenn die Arbeitgeberin glaubhaft mache, dass die Arbeitsausfälle pandemiebedingt seien. Tatsache sei, dass sie während der Pandemie mehrfach die Voraussetzungen für Kurzarbeit ohne Weiteres erfüllt habe. Nun soll dies plötzlich nicht mehr der Fall sein, nicht einmal unter dem Beweismass des Glaubhaftmachens. Ferner handle es sich bei der Voranmeldung für Kurzarbeit um eine geschäftsindividuelle Prognose des Unternehmens,

weshalb allgemein erhobene Statistikwerte über die Erholung der Wirtschaftslage nicht ausschlaggebend seien. In der damaligen Zeit sei die Situation sehr ungewiss gewesen und die Öffnung Mitte Februar 2022 sei überraschend erfolgt. Persönliche Kundenkontakte hätten wegen der Zurückhaltung der Kundinnen und Kunden immer noch nicht stattgefunden. Zu berücksichtigen sei auch, dass etwa sechs bis neun Monate vergehen würden bis ein Auftrag zustande komme. Ferner handle es sich beim Entscheid über die Voranmeldung nicht um eine generell-abstrakte Betrachtung aus der Retrospektive. Es sei Sache der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Baselland und nicht der Beschwerdeführerin, das konkrete Ausmass der effektiven Kurzarbeit nach erfolgter Anmeldung für die jeweiligen Abrechnungsperioden zu prüfen.

C. Mit Vernehmlassung vom 20. Juni 2022 beantragte das KIGA die Abweisung der Beschwerde. Die Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland habe den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Abrechnungsperioden Dezember 2021 und Januar 2022 mit Verfügung vom 30. Mai 2022 infolge verspäteter Geltendmachung des jeweiligen Entschädigungsanspruchs abgelehnt. Es werde deshalb beantragt, dass auf die Beschwerde einzig in Bezug auf den Zeitraum vom 1. bis 28. Februar 2022 einzutreten und dementsprechend lediglich dieser Zeitraum materiell zu überprüfen sei. Im Entscheid sei ausführlich begründet worden, dass der geltend gemachte Arbeitsausfall nicht mehr hinreichend plausibel auf die Pandemie zurückzuführen sei. Zutreffend sei, dass die von der kantonalen Amtsstelle im Rahmen des Voranmeldeverfahrens vorgenommene Beurteilung auf einer Prognose beruhe und naturgemäss nicht retrospektiv erfolgen könne. Allerdings verkenne die Beschwerdeführerin, dass im Einspracheverfahren die Sachverhaltsentwicklungen bis zum Zeitpunkt des Erlasses des Einspracheentscheides massgebend seien, womit auch Statistiken zur Konjunkturlage berücksichtigt werden dürften. Das KIGA habe der Beschwerdeführerin im Rahmen seiner durchaus als wohlwollend zu bezeichnenden Vollzugspraxis letztmals mit Verfügung vom 10. Mai 2021 die Bewilligung für die maximale Dauer von sechs Monaten erteilt. Am 31. Mai 2021 erfolgten sodann weitere Öffnungsschritte, weshalb seitens des SECO ab Abrechnungsperiode Juni 2021 eine Plausibilitätsprüfung von Arbeitsausfällen von über 50 % angeordnet worden sei, wobei namentlich auch der Zusammenhang zwischen Arbeitsausfall und Pandemie sowie die vorübergehende Natur des Arbeitsausfalls habe überprüft werden müssen. Per 1. September 2021 sei zudem das ordentliche Voranmeldeverfahren wieder eingeführt worden, was insbesondere eine wieder einlässlichere Begründung der Notwendigkeit der Kurzarbeit (Fragen 9-12 des Voranmeldeformulars) und damit auch eine eingehendere Prüfungspflicht mit sich gebracht habe. Schliesslich habe sich die Erholung der Wirtschaft insgesamt und insbesondere in der Branche der Beschwerdeführerin weiter fortgesetzt. Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen und Geschehnisse seit Mai 2021 hätten somit grundsätzlich genügend sachliche Gründe dafür bestanden, rund sechs Monate später in vertretbarer Weise einen abschlägigen Entscheid zu erlassen; mithin könne die Ablehnung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung ab 1. Dezember 2021 jedenfalls nicht willkürlich oder gegen das Vertrauensprinzip verstossend bezeichnet werden. Ferner habe kein anderer Betrieb in der gleichen Branche und im gleichen Zeitraum über eine Bewilligung verfügt.

D. Die Beschwerdeführerin hielt mit Replik vom 22. August 2022 an ihren Anträgen fest. Unter dem Beweismass des Glaubhaftmachens könne der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nicht verneint werden. Auch sei diesbezüglich auf die Tatsache zu verweisen, dass sie im

massgeblichen Zeitraum tatsächlich Einbussen in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit aufgrund der Pandemiesituation erlitten habe, was mit Blick auf den Standpunkt der Vorinstanz, wonach eine retrospektive Beurteilung zulässig sein solle, ebenso zu berücksichtigen wäre. Der pauschale und abstrakte Vergleich mit anderen Unternehmen aus derselben Branche sei nicht rechtmässig. Die individuellen Gegebenheiten würden dabei ausser Acht gelassen. Sodann sei der Ansicht der Vorinstanz zu widersprechen, dass man sich im Dezember 2021 längstens an die Pandemie gewöhnt habe und Kundenkontakte unter Einhaltung der Schutzkonzepte ohne Weiteres möglich gewesen seien. Festzuhalten sei, dass die Kundensegmente Gastro, Event und (Luft)Verkehr zu den am stärksten betroffenen wirtschaftlichen Bereichen überhaupt gehörten. Diese Branchen hätten sich noch nicht erholt. Inwiefern in diesen extrem geschädigten Branchen Anpassungen von ihrer Seite überhaupt möglich oder nützlich gewesen sein sollten, sei in keiner Weise ersichtlich und werde somit bestritten.

E. Mit Duplik vom 6. September 2022 hielt die Vorinstanz an ihren Äusserungen in der Vernehmlassung fest. Im vorliegenden Fall sei nicht der Anfall eines Arbeitsausfalles an sich, sondern dessen Anrechenbarkeit, das heisse die hinreichend plausible Rückführung auf pandemiebedingte wirtschaftliche Gründe im Allgemeinen sowie in Bezug auf die Kundensegmente Gastro, Event und (Luft)Verkehr verneint worden. Zudem sei die Vermeidbarkeit eines Arbeitsausfalles bejaht worden. Die Beschwerdeführerin lege nach wie vor nicht dar, inwiefern sich ihr Geschäftsmodell von denjenigen Modellen der direkten Konkurrenz respektive anderer Betriebe ihrer Branche wesentlich unterscheide und worin die individuellen Gegebenheiten beständen. Im Übrigen bleibe festzustellen, dass die Beschwerdeführerin weder im Einsprache- noch im Beschwerdeverfahren irgendwelche konkreten Nachweise dafür geliefert habe, dass der geltend gemachte Arbeitsausfall noch immer im Zusammenhang mit der Pandemie beziehungsweise den Schutzmassnahmen stehen würde. Es liege auf der Hand, dass die blosser Behauptung dieses Zusammenhangs nach über eineinhalb Jahren seit Beginn der Pandemie und insbesondere mit Blick auf die Branche der Beschwerdeführerin auch unter dem Beweismass des Glaubhaftmachens nicht mehr genügen könne. Das KIGA sei nach wie vor der Auffassung, dass aufgrund der stabilen wirtschaftlichen Lage im einzig noch massgebenden Monat Februar 2022 für die im Bereich Personalrekrutierung und Consulting tätigen Mitarbeitenden kein Risiko eines Arbeitsplatzverlustes bestanden habe und die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung nicht der Arbeitsplatzhaltung gedient hätte.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1. Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 i. V. m. Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 ist ein Gericht als letzte kantonale Instanz für die Beurteilung von Beschwerden aus dem Bereich der Sozialversicherung sachlich zuständig. Örtlich zuständig ist bei Streitigkeiten betreffend Kurzarbeitsentschädigung nach Art. 100 Abs. 3 AVIG i. V. m. Art. 119 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 die Rekursinstanz am Ort des betroffenen Betriebes. Dieser liegt vorliegend im Kanton

Basel-Landschaft. Nach § 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beurteilt das Kantonsgericht als Versicherungsgericht als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Versicherungsträger gemäss Art. 56 ATSG. Damit ist es auch sachlich zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 24. Mai 2022 ist demnach einzutreten.

2.1 Die Beschwerdeführerin macht Kurzarbeitsentschädigung für den Zeitraum Dezember 2021 bis Ende Februar 2022 geltend. In diesem Zusammenhang weist die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung vom 20. Juni 2022 darauf hin, dass die Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung für die Abrechnungsperioden Dezember 2021 und Januar 2022 mit Verfügung vom 30. Mai 2022 infolge verspäteter Geltendmachung des jeweiligen Entschädigungsanspruchs abgelehnt habe. Da diese Verfügung unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist, beantragt das KIGA, dass auf die Beschwerde lediglich hinsichtlich des Monats Februar 2022 einzutreten sei.

2.2 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Kurzarbeitsentschädigungsverfahren zweistufig ist und sich unterteilt in die bei der kantonalen Amtsstelle einzusendende Voranmeldung (Art. 36 AVIG) und den bei der gewählten Arbeitslosenkasse geltend zu machenden Entschädigungsanspruch. Dieser ist unabhängig von der Voranmeldung innerhalb der hierfür normierten Frist einzureichen (Art. 38 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 61 AVIV; Urteil des Bundesgerichts vom 13. September 2022, 8C_386/2022, E. 4.2). Gemäss Art. 38 Abs. 1 AVIG hat der Arbeitgeber den Anspruch seiner Arbeitnehmer auf Kurzarbeitsentschädigung innert dreier Monate nach Ablauf jeder Abrechnungsperiode gesamthaft für den Betrieb bei der von ihm bezeichneten Kasse geltend zu machen. Entschädigungen, die der Arbeitgeber nicht fristgemäss geltend macht, werden ihm nicht vergütet (Art. 39 Abs. 3 AVIV). Bei der in Art. 38 Abs. 1 AVIG vorgesehenen Frist handelt es sich nicht um eine blossе Ordnungsfrist, sondern um eine Verwirkungsfrist, deren Nichtwahrung das Erlöschen des Anspruchs zur Folge hat. Die dreimonatige Frist beginnt nach Ablauf der jeweiligen Abrechnungsperiode, unabhängig davon, ob die kantonale Amtsstelle gemäss Art. 36 Abs. 4 AVIG oder die Rekursbehörde bereits einen Entscheid über die Auszahlung gefällt hat (vgl. BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 292 und THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Auflage, Basel 2016, S. 2423 f.). Ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung verwirkt, erübrigt es sich, dass das Gericht ein Sachurteil über die Rechtmässigkeit des Entscheides der kantonalen Amtsstelle betreffend Auszahlung fällt (vgl. Urteil des Versicherungsgerichts St. Gallen vom 23. Juli 2010). Folglich ist – wie die Vorinstanz zurecht geltend macht – auf die Beschwerde einzig in Bezug auf den Zeitraum vom 1. bis 28. Februar 2022 einzutreten.

3.1 Es gilt somit zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin für Februar 2022 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hat, namentlich, ob der geltend gemachte Arbeitsausfall anrechenbar ist.

3.2 Nach 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. Voraussetzung für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles ist, dass 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; Urteile des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2017, 8C_549/2017, E. 3.2 und vom 2. November 2006, C 279/05, E. 1, je mit Hinweisen).

3.3 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 2. Satzteil AVIG; ARV 2004 Nr. 5 S. 58 E. 2.1).

3.4 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 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 i.V.m. Art. 32 Abs. 3 AVIG).

4.1 Beabsichtigt ein Arbeitgeber, für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, so muss er diese 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). In der Voranmeldung muss der Arbeitgeber unter anderem Ausmass und 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 den Art. 31 Abs. 1 und 32 Abs. 1 lit. a AVIG erfüllt sind. Die kantonale Amtsstelle kann weitere zur Prüfung nötige Unterlagen einverlangen (Art. 36 Abs. 3 AVIG). Die kantonale Amtsstelle prüft, ob die Anspruchsvoraussetzungen glaubhaft gemacht worden sind und die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründet ist. Hält sie eine oder mehrere Anspruchsvoraussetzungen für nicht erfüllt, erhebt sie durch Verfügung Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung (Art. 36 Abs. 4 Satz 1 AVIG).

4.2 Art. 17a und 17b des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 25. September 2020 sahen für die Kurzarbeitsentschädigung gewisse Abweichungen vom AVIG vor. Zudem wurde der Bundesrat in Art. 17 Covid-19-Gesetz ermächtigt, in gewissen – näher genannten – Bereichen abweichende Bestimmungen zu erlassen. Von dieser Befugnis machte er mit dem Erlass der Verordnungen über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vom 20. März 2020) Gebrauch. Am 19. März 2021 beschloss die Bundesversammlung, Art. 17b Abs. 1 Covid-19-Gesetz abzuändern und legte in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG fest, dass keine Voranmeldefrist für Kurzarbeit einzuhalten ist (in Kraft [rückwirkend] vom 1. September 2020 bis zum 31. Dezember 2021; danach verlängert bis 31. Dezember 2022). Sodann war die Voranmeldung zu erneuern, wenn die Kurzarbeit länger als sechs Monate dauerte.

5.1 Wie in der Botschaft vom 12. August 2020 zum Covid-19-Gesetz (BBI 2020 2068 S. 6563 ff.) in Ziff. 2.3.8 ausgeführt wird, besteht 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 AVIV 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, dass die Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind, wobei der einfache Hinweis auf die Pandemie nicht (mehr) als Begründung genügt (Weisung 2021/16 vom 1. Oktober 2021, S. 10). Mit der schrittweisen Lockerung der Massnahmen entfiel für die betroffenen Betriebe in den meisten Fällen die behördliche Massnahme als Begründung für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, so dass der Betrieb grundsätzlich wieder aufgenommen werden musste, sobald dies erlaubt war (Weisung 2020/10 vom 22. Juli 2020, S. 9). Als Ausnahme sehen die Weisungen unter anderem vor, dass der Anspruch weiterhin gegeben sein kann, wenn ein Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen nur einen Teil der Arbeitnehmenden wieder beschäftigen kann, der anrechenbare Arbeitsausfall auf die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie zurückzuführen ist und die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Weisung 2021/16 vom 1. Oktober 2021, S. 12; vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts vom 24. November 2021, 8C_555/2021, E. 3.3.1). Abrechnungen mit einem Arbeitsausfall von über 50 % für eine Abrechnungsperiode ab Juni 2021 müssen vom Betrieb gegenüber der Arbeitslosenkasse jeweils begründet und mit plausiblen betrieblichen Unterlagen untermauert werden. Dauerbezüger sollen insbesondere angehalten werden, zum Nachweis der Plausibilität der geltend gemachten Arbeitsausfälle darzulegen, dass die auf die wirtschaftlichen Gründe zurückzuführenden Arbeitsausfälle weiterhin unvermeidbar sind; noch immer Arbeitsausfälle vorliegen, die auf die Pandemie beziehungsweise auf die damit verbundenen behördlichen Massnahmen zurückzuführen sind und der Arbeitsausfall weiterhin als vorübergehend betrachtet

wird und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeitsentschädigung Arbeitsplätze erhalten werden können (Weisung 2021/16 vom 1. Oktober 2021, S. 13).

5.2 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 mit zu berücksichtigen, die der Entscheidbehörde im Verfügungszeitpunkt vorgelegen hat (Urteil des Bundesgerichts vom 24. November 2021, 8C_555/2021, E. 4.2).

5.3 Die Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 19. Juni 2020, ersetzt durch die gleichlautende Verordnung vom 23. Juni 2021 und vom 16. Februar 2022 (in Kraft bis 31. März 2022) und den damit eingeführten Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit enthält für die vorliegend zu beurteilende Problematik keine einschlägigen Bestimmungen. Insbesondere erfuhr die Einspruchsmöglichkeit des kantonalen Amtes gemäss Art. 36 Abs. 4 AVIG dadurch keine Einschränkungen; auch bietet die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung keinen Anlass, von der in der Weisung 2021/16 weiterhin postulierten Begründungspflicht abzuweichen (vgl. Urteile des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Juni 2022, AL.2022.00048, E. 2 und 3, sowie vom 31. August 2022, AL.2022.00145, E. 1.7).

6.1 Strittig ist, ob die Beschwerdeführerin glaubhaft machen konnte, dass der von ihr im Februar 2022 geltend gemachte und gemäss Voranmeldung vom 18. Oktober 2021 geschätzte Arbeitsausfall von 40 % (effektiv 55,75 % gemäss Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung für Februar 2022 vom 18. Mai 2023) weiterhin auf die Pandemie zurückzuführen und unvermeidbar war. Beim Glaubhaftmachen sind die Beweisanforderungen herabgesetzt, indem nicht im Sinne eines vollen Beweises die Überzeugung des Versicherungsträgers begründet zu werden braucht; es reicht bereits aus, dass für den geltend gemachten rechtserheblichen Sachumstand wenigstens gewisse Anhaltspunkte bestehen, auch wenn durchaus noch mit der Möglichkeit zu rechnen ist, bei eingehender Abklärung werde sich die behauptete Sachverhaltsänderung nicht erstellen lassen (UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf, 2020, N. 58 zu Art. 43; Urteil des Bundesgerichts vom 10. August 2016, 9C_367/2016, E. 2.2).

6.2 Die betroffene Betriebsabteilung der Beschwerdeführerin ist mehrheitlich mit Consulting und Projekt Services im Bereich Personalentwicklung tätig und berät beziehungsweise unterstützt Unternehmen in Potenzialbeurteilungen und bei der Auswahl von Kaderpersonen mittels Assessments. Aufgrund der bestehenden Coronasituation – so die Beschwerdeführerin – seien bestehende Aufträge gestoppt beziehungsweise unterbrochen worden und aufgrund des "Social Distancing" seien keine Assessments vor Ort durchgeführt worden. Auch ihrerseits seien Kunden-

besuche aufgrund der Homeofficepflicht respektive Homeofficeempfehlung nicht möglich gewesen. Zudem seien die Kundinnen und Kunden trotz Lockerungen sehr zurückhaltend und hätten ebenfalls mit den Auswirkungen der Pandemie zu kämpfen. Deshalb sei es im Moment sehr schwierig, neue Aufträge zu generieren. Zu beachten sei auch, dass in akquise- und personenbasierten Branchen das Wiederanlaufen der Geschäftstätigkeit ihre Zeit brauche. Es vergingen im Schnitt sechs bis neun Monate, bis ein Geschäft beziehungsweise ein Auftrag zustande komme. Dies zeige sich auch an den aktuellen Zahlen, die sich seit dem Ende der Corona-Massnahmen und der Normalisierung des Geschäftsalltags inklusive persönlichen Kundengesprächen langsam, aber stetig verbesserten. Diese Umstände könnten nicht ausser Acht gelassen werden und das individuelle Geschäftsmodell sei vorliegend zu berücksichtigen. Allgemeine Wirtschaftsdaten könnten zwar Indizien über die allgemeine Lage liefern, jedoch sei der Einzelfall zu prüfen und entsprechend zu würdigen.

6.3 Die Vorinstanz begründete ihre ablehnende Haltung im Einspracheentscheid vom 21. April 2022 damit, dass mit Blick auf die dargelegte Situation auf dem Arbeitsmarkt der geltend gemachte Arbeitsausfall nicht mehr hinreichend plausibel auf das Auftreten des Coronavirus respektive die Pandemie zurückzuführen sei, um noch als ausserordentlich und damit anrechenbar zu gelten. Dies zeige sich nicht zuletzt auch darin, dass kein anderer Betrieb aus der Branche im fraglichen Zeitraum über eine Bewilligung zur Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung verfügt habe. Es sei unbestritten, dass die Beschwerdeführerin infolge der Pandemie der Hilfe zur Erhaltung der Arbeitsplätze bedurft habe. Sie habe denn auch vom 16. März 2020 bis zum 30. November 2021 während etwas mehr als eineinhalb Jahren die Bewilligung erhalten. Zwar sei es glaubhaft, dass die Kundensegmente Gastro, Event und (Luft)Verkehr wirtschaftlich noch nicht wieder die volle Kapazität erreicht hätten, jedoch sei die betroffene Betriebsabteilung der Beschwerdeführerin in der Personalvermittlung von Fachkräften und Kaderleuten tätig; die Vermittlung an Kunden der betroffenen Branchen sei damit lediglich ein Teil ihres Geschäftes. Zwischenzeitlich habe sich die Nachfrage nach Fachleuten im hier interessierenden Zeitraum insgesamt mehr als erholt. Die Beschwerdeführerin habe sodann auch mehr als eineinhalb Jahre Zeit gehabt, sich in den anderen – im Jahr 2019 doch immerhin 76 % ihres Geschäfts ausmachenden – Kundensegmenten weiter zu etablieren.

7. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, dass die Vorinstanz zu Unrecht eine retrospektive Beurteilung vorgenommen und statistische Daten miteinbezogen habe, die erst nach Verfügungserlass zugänglich waren, ist festzuhalten, dass der Überprüfungszeitraum grundsätzlich den Sachverhalt umfasst, wie er sich bis zum Erlass des Einspracheentscheids verwirklicht hat (BGE 145 V 409 E. 2.1). Mithin durfte sie die entsprechenden statistischen Auswertungen der Konjunkturforschungsstelle der ETH Zürich sowie den Adecco Group Swiss Job Market Index der Universität Zürich mitberücksichtigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 18. November 2021, 8C_503/2021, E. 4.1), wonach sich die Pandemielage der Schweizer Volkswirtschaft im Zeitraum ab Dezember 2021 weitgehend erholt habe und nunmehr ein richtiggehender Mangel an Fachkräften in vielen Branchen herrsche. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz in Ziff. 14 ihres Einsprachentscheids vom 21. April 2022 sowie in Ziff. 3 und 4 ihrer Vernehmlassung vom 20. Juni 2022 verwiesen werden.

8.1 Die Vorinstanz führte ferner an, dass für die Verneinung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung neben der positiven allgemeinen Wirtschaftslage beziehungsweise der positiven Situation in der Branche der Beschwerdeführerin auch die Auswirkungen der Corona-Massnahmen auf die berufliche Tätigkeit entscheidend seien. Was Letzteres betreffe sei insbesondere auf das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. April 2022, AL.2021.00357, zu verweisen, in welchem der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung eines Stellenvermittlungsbüros für den Zeitraum 1. Juni 2021 bis 30. November 2021 zu beurteilen gewesen sei und das Gericht diesen Anspruch sogar unter den erhöhten Anforderungen der Wiedererwägung verneint habe.

8.2 Was das seitens der Vorinstanz angeführte Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich anbelangt, handelt es sich bei dem betroffenen Unternehmen um eine Stellenvermittlungsfirma, deren Kernbereich im Bankensektor liegt. Diese Tätigkeit war – so das Zürcher Sozialversicherungsgericht – trotz zeitweise geltenden (aber später weitgehend aufgehobenen) behördlichen Massnahmen unter Berücksichtigung von geeigneten und leicht umsetzbaren Schutzkonzepten (gelüftete Räume, Masken und Abstand bei direkten Kontakten oder gängige Videokonferenzen), welche auch den persönlichen Kontakt ermöglichten, durchaus gut möglich. Dies gelte auch für den behaupteten Nischenbereich des Private Bankings, teilweise im Offshore Markt. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass ihre potentiell zu vermittelnden Klienten (sogenannte Relationship Manager) wegen nur unter erschwerten Bedingungen möglichen persönlichen Kundenkontakten – auch noch im Juni 2021 – keinen Stellenwechsel in Betracht gezogen hätten, vermöge aufgrund der dargelegten praktikablen Schutzkonzepte und der damals wieder erlaubten Reisen nicht ohne Weiteres zu überzeugen, seien doch auch andere Gründe für den Nachfragerückgang in diesem Bereich denkbar. Soweit die Beschwerdeführerin moniere, der Beschwerdegegner habe die besondere Situation von ihr als "Nischenplayerin" nicht berücksichtigt, sei anzumerken, dass ein Betrieb, der sich auf ein derart eng beschränktes Geschäftsbild spezialisiere, ein vorhersehbares Risiko eingehe, weshalb der in diesem Bereich allenfalls erlittene Arbeitsausfall zum normalen Betriebsrisiko gehöre (Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. April 2022, AL.2021.00357, E. 3.2).

8.3 In diesem von der Vorinstanz herangezogenen Fall des Kantons Zürich handelte es sich zwar um eine Stellenvermittlungsfirma in einem anderen Kernbereich, das Urteil lässt aber dennoch Rückschlüsse hinsichtlich der Einschränkungen in der Tätigkeit und des normalen Betriebsrisikos zu. Dies entbindet vorliegend jedoch nicht von der Prüfung der konkreten Situation im hier massgebenden Monat Februar 2022. Zu beurteilen ist folglich einerseits die pandemische Lage und deren Auswirkungen auf die Tätigkeit der Beschwerdeführerin und andererseits, ob ein Arbeitsausfall vermeidbar gewesen wäre.

9.1 In Bezug auf die pandemische Lage gab das Bundesamt für Gesundheit in der Medienmitteilung vom 17. Dezember 2021 bekannt, dass der Bundesrat verschärfte Massnahmen gegen die Ausbreitung des Coronavirus beschlossen hatte. Ab dem 20. Dezember 2021 hatten zu den Innenräumen von Restaurants, von Kultur-, Sport- und Freizeitbetrieben sowie zu Veranstaltungen im Innern nur noch geimpfte und genesene Personen Zugang (2G). Damit sollte das Risiko reduziert werden, dass nicht immunisierte Personen infiziert würden. Als zusätzlicher Schutz

musste an diesen Orten eine Maske getragen und es durfte nur im Sitzen gegessen und getrunken werden. Wo die Maske nicht getragen oder nicht im Sitzen konsumiert werden konnte, wie in Discos und Bars, waren nur noch geimpfte und genesene Personen zugelassen, die zusätzlich ein negatives Testresultat vorweisen konnten (2Gplus). Personen, deren Impfung, Auffrischimpfung oder Genesung nicht länger als vier Monate zurücklag, waren von der Testpflicht ausgenommen. Ausserdem galt erneut eine Homeofficepflicht und private Treffen waren auf zehn Personen beschränkt.

Diese Massnahmen wurden beschlossen, weil die epidemiologische Lage besorgniserregend war; die Zahl der Hospitalisationen nahm weiter zu und die Auslastung der Intensivpflegestationen war in einzelnen Regionen sehr hoch. Ferner rechnete man vor Weihnachten mit einem markanten Anstieg von Ansteckungen mit der Omikron-Variante, die ansteckender als die Delta-Variante war. Am 19. Januar 2022 verlängerte der Bundesrat angesichts der angespannten Lage in den Spitälern die Homeofficepflicht und die Kontaktquarantäne bis Ende Februar 2022 und die restlichen Massnahmen bis Ende März 2022 (vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Gesundheit vom 19. Januar 2022). Per 3. Februar 2022 hob der Bundesrat die Homeofficepflicht und die Kontaktquarantäne auf. Die Homeofficepflicht wurde in eine Homeofficeempfehlung geändert (Medienmitteilung des Bundesamtes für Gesundheit vom 2. Februar 2022). Schliesslich wurden am 17. Februar 2022 fast alle Massnahmen aufgehoben. Läden, Restaurants, Kulturbetriebe und öffentlich zugängliche Einrichtungen sowie Veranstaltungen waren wieder ohne Maske und Zertifikat zugänglich. Aufgehoben war auch die Maskenpflicht am Arbeitsplatz und die Homeofficeempfehlung. Es blieb lediglich die Isolation positiv getesteter Personen und die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr. Diese galten zum Schutz besonders vulnerabler Personen noch bis Ende März 2022; danach erfolgte die Rückkehr in die normale Lage.

9.2 Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die pandemische Lage Ende 2021 mit Verbreitung der Omikron-Variante und einer Zunahme der infizierten Personen und der Spitaleintritte zunächst besorgniserregend aussah. Dies änderte sich aber sehr rasch, als im Januar 2022 klar wurde, dass sich die Situation positiv entwickelte und die Omikron-Variante zu mildereren Verläufen führte, was eine schnelle Öffnung und Aufhebung der Massnahmen im Februar 2022 nach sich zog.

9.3 Angesichts der Tatsache, dass bereits Anfang Februar 2022 die Homeofficepflicht aufgehoben worden war, waren auch persönliche Kontakte wieder möglich und Assessments sowie Kundengespräche vor Ort konnten stattfinden (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Juni 2022, AL. 2022.00048, E. 4.3 zur blossen Homeofficeempfehlung). Es ist deshalb davon auszugehen, dass die betroffene Abteilung der Beschwerdeführerin ihre Arbeit im Februar 2022 wieder voll aufnehmen konnte, da diese nicht mehr durch die Schutzmassnahmen tangiert war. Diesbezüglich bestätigte die Beschwerdeführerin in ihrer Replik vom 22. August 2022, dass sie keine weitere Voranmeldung für die Monate ab März 2022 eingereicht habe, weil es im Februar 2022 zur Aufhebung aller Corona-Massnahmen gekommen sei, die sehr schnell eine Normalisierung der persönlichen Kontakte mit sich gebracht habe. Sofern doch noch anfangs Februar 2022 eine Zurückhaltung in Kundenkontakten zu spüren gewesen wäre, ist zu beachten, dass auch im Bereich der Personalrekrutierung online Termine und Besprechungen

stattfinden konnten. Insofern ist es nicht ungewöhnlich, dass ein erstes Bewerbungsgespräch online geführt wird und ein nachfolgendes vor Ort, was angesichts der Öffnung Mitte Februar 2022 kein Problem gewesen sein sollte (vgl. auch die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz in Ziff. 4 ihrer Vernehmlassung vom 20. Juni 2022). Ein Zusammenhang der geltend gemachten Arbeitsausfälle mit der Pandemie lässt sich somit nicht glaubhaft begründen.

10. Mit der Vorinstanz ist weiter darin einig zu gehen, dass der Arbeitsausfall wohl vermeidbar gewesen wäre. Die Beschwerdeführerin hätte sich schon seit längerer Zeit vermehrt auf andere Kundensegmente konzentrieren können, wie sie es auch selbst in ihrem früheren Gesuch angekündigt hatte (vgl. Vernehmlassung vom 20. Juni 2022, Ziff. 4, vorletzter Abschnitt). Ein Festhalten an diesem Kundensegment (Gastro, Event und [Luft]Verkehr) liegt im eigenen Betriebsrisiko und kann nicht später mit der Begründung, es handle sich um ein besonders durch die Pandemie betroffenes Segment zu einer Kurzarbeitsentschädigung führen, die über das Ende der behördlichen Massnahmen hinausgeht.

11. Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass sich die vorherige langandauernde Bewilligung der Kurzarbeitsentschädigung nicht im Sinne des Vertrauensprinzips zugunsten der Beschwerdeführerin auswirkt. Die frühere Bewilligung war klar und unmissverständlich auf die frühere Zeitperiode ausgerichtet und die Weiterführung wurde explizit von einem weiteren Antrag und einer erneuten Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen abhängig gemacht. Die Vorinstanz hat dazu ausführlich in ihrer Vernehmlassung vom 20. Juni 2022 Stellung genommen. Dem gibt es nichts mehr hinzuzufügen.

12. Zusammenfassend ist folglich festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nicht glaubhaft darzulegen vermochte, dass die von ihr geltend gemachten Arbeitsausfälle im Februar 2022 in direktem Zusammenhang mit der Pandemie respektive den von behördlicher Seite in diesem Kontext ergriffenen Massnahmen stehen. Entsprechend ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Arbeitsausfälle als nicht anrechenbar einstufte und Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung erhob. Die Beschwerde ist demgemäss abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

13. Es bleibt über die Kosten zu befinden. Nach Art. 61 lit. ^fbis ATSG ist das Verfahren bei Streitigkeiten über Leistungen kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist. Das das AVIG keine grundsätzliche Kostenpflicht vorsieht, sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird keine Parteientschädigung zugesprochen. Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Replik vom 22. August 2022 eine Parteientschädigung geltend macht, weil die Ausführungen der Vorinstanz über das falsche Beweismass ganz wesentlich für die Einreichung der Beschwerde gewesen seien und dieser Umstand, namentlich für den Fall einer Niederlage, im Rahmen des Kostenentscheides zu berücksichtigen sei, kann ihr nicht gefolgt werden. Es trifft zwar zu, dass im Einspracheentscheid die Standardtextbausteine zum Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit aufgeführt sind und – wie das KIGA in ihrer Vernehmlassung vom 20. Juni 2022 richtig erwähnt hat – wohl besser weggelassen worden wären, um Missverständnissen über das Beweismass vorzubeugen. Die

entscheidende Frage nach dem Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten Arbeitsausfall und der Pandemie als Ursache wurde hingegen richtigerweise unter dem Beweismass des Glaubhaftmachens geprüft, was aus Ziff. 15 des Einspracheentscheides vom 21. April 2022 hervorgeht (vgl. auch Ziff. 2 der Duplik vom 6. September 2022).

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird, soweit darauf eingetreten werden kann, abgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.