

VBE.2022.409 / If / sc

Art. 38

Urteil vom 11. April 2023

Besetzung Oberrichterin Peterhans, Präsidentin
 Oberrichterin Fischer
 Oberrichterin Gössi
 Gerichtsschreiberin Fricker

Beschwerde- **A._____ GmbH**
führerin

Beschwerde- **AWA - Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Aargau,**
gegner Rain 53, 5000 Aarau

Gegenstand Beschwerdeverfahren betreffend AVIG
 (Einspracheentscheid vom 3. Oktober 2022)

Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:

1.

Die Beschwerdeführerin führt ein Lebensmittelgeschäft mit integrierter Bäckerei und Metzgerei. Mit Verfügung vom 5. Juli 2022 erhob der Beschwerdegegner Einspruch gegen die von der Beschwerdeführerin mit Voranmeldung vom 30. Juni 2022 beantragte Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 1. April bis am 31. Juli 2022. Diese Verfügung erwuchs unanfechtet in Rechtskraft.

Am 19. August 2022 reichte die Beschwerdeführerin eine Voranmeldung von Kurzarbeit für die Zeit vom 31. August bis am 30. November 2022 bei einem zu erwartenden prozentualen Arbeitsausfall von 50 % pro Monat/Abrechnungsperiode für 16 betroffene Arbeitnehmende ein. Mit Verfügung vom 8. September 2022 erhob der Beschwerdegegner Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung. Die dagegen erhobene Einsprache wies er mit Einspracheentscheid vom 3. Oktober 2022 ab.

2.

2.1.

Gegen den Einspracheentscheid vom 3. Oktober 2022 erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 2. November 2022 fristgerecht Beschwerde beim Beschwerdegegner. Dieser leitete die Beschwerde zuständigkeitshalber an das Versicherungsgericht weiter. Die Beschwerdeführerin beantragte sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids und die Zusprache der beantragten Kurzarbeitsentschädigung.

2.2.

Mit Vernehmlassung vom 24. November 2022 beantragte der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde.

Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1.

1.1.1.

Der Beschwerdegegner verneinte einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 31. August bis am 30. November 2022 mit der Begründung, der Bundesrat habe am 16. Februar 2022 die schweizweiten Massnahmen gegen die Corona-Pandemie grösstenteils aufgehoben. Das heisse, dass die Beschwerdeführerin keinerlei Einschränkungen in ihrem Verkaufslokal mehr habe. Sie habe sich jedoch entschlossen, den Mietvertrag für das bisherige Verkaufslokal zu kündigen und in ein neues Verkaufslokal umzuziehen. Offenbar sei kein nahtloser

Umzug möglich gewesen, weshalb im alten Ladenlokal nicht mehr und im neuen Ladenlokal noch nicht gearbeitet werden könne. Die entstandenen Arbeitsausfälle habe die Beschwerdeführerin mit diesem unternehmerischen Entscheid verursacht und in Kauf genommen. Solche Arbeitsausfälle seien nicht unvermeidbar und folglich auch nicht anrechenbar, weil sie durch Umstände verursacht worden seien, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebenden gehören würden (Vernehmlassungsbeilage [VB] 8).

1.1.2.

Die Beschwerdeführerin bringt demgegenüber im Wesentlichen vor, der Umzug habe nichts mit dem Wirtschaftlichen zu tun, sondern mit der Einhaltung der Corona Regeln. Sie sei stets zufrieden gewesen mit ihrem Standort. Der Domizilwechsel habe viele Kosten verursacht. Sie wäre nie umgezogen, wenn Corona nicht eingetroffen wäre und mit den Quadratmetern die Regeln hätten eingehalten werden können. Da dies unmöglich gewesen sei, sei sie gezwungen gewesen, den Standort zu wechseln.

1.2.

Streitig und zu prüfen ist demnach, ob der Beschwerdegegner mit Einspracheentscheid vom 3. Oktober 2022 (VB 7) zu Recht Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für den Zeitraum vom 31. August bis am 30. November 2022 erhoben hat.

2.

2.1.

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). 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 S. 374 mit Hinweisen). Ebenfalls 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).

2.2.

Mit dem normalen Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG sind die "gewöhnlichen" Arbeitsausfälle gemeint, d.h. jene Ausfälle, die erfahrungsgemäss regelmässig und wiederholt auftreten, demzufolge vorhersehbar und in verschiedener Weise kalkulatorisch erfassbar sind. Was in

diesem Sinne noch als normal gelten soll, darf nach der Rechtsprechung nicht nach einem für alle Unternehmensarten allgemein gültigen Massstab bemessen werden, sondern ist in jedem Einzelfall auf Grund der mit der spezifischen Betriebstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen. Dabei kommt dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit in aller Regel massgebende Bedeutung zu (BGE 138 V 333 E. 4.2.2 S. 337 mit Verweis auf BGE 119 V 498 E. 1 S. 499 f.).

Eine Pandemie kann aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG betrachtet werden, selbst wenn unter Umständen jeder Arbeitgeber davon betroffen sein kann. Demnach sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar (vgl. Weisung des SECO vom 1. April 2022, Weisung 2022/06, S. 6; Weisung des SECO vom 23. Dezember 2022, Weisung 2022/13, S. 5).

2.3.

Bei Härtefällen ebenfalls anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, der auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen ist, wenn der Arbeitgeber diesen nicht durch geeignete wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 AVIV).

3.

3.1.

3.1.1.

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich gemäss Handelsregistereintrag um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Z.. Sie bezweckt das Führen von Metzgereien und Lebensmittelgeschäften sowie von Restaurants, Imbissbetrieben und Take-aways (VB 59).

3.1.2.

In der Voranmeldung von Kurzarbeit vom 19. August 2022 begründete die Beschwerdeführerin ihr Gesuch damit, dass sie den Mietvertrag für ihr bisheriges Ladenlokal aufgrund der Corona-Situation gekündigt habe. Der Umzug sei aufgrund der Corona-Massnahmen beschlossen worden, da die Hygiene- und Abstandsregeln im Ladenlokal nicht hätten eingehalten werden können. Dieses habe 250 Quadratmeter Verkaufsfläche mit integrierter Bäckerei und Metzgerei gehabt (VB 56). Zur Vermeidung von Kurzarbeit werde sie in vier Monaten mit ihrem Ladengeschäft in ein neues Lokal einziehen (VB 57).

3.1.3.

Soweit die Beschwerdeführerin ihr Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung vom 19. August 2022 damit begründet, dass der Umzug, der zum Arbeitsausfall führe, aufgrund der Massnahmen gegen die Ausbreitung des Coronavirus erforderlich sei, ist Folgendes festzuhalten:

Ab dem 20. Dezember 2021 galten bis vorerst am 24. Januar 2022 verschärfte Massnahmen gegen die Ausbreitung des Coronavirus. Zu Innenräumen von Restaurants, von Kultur-, Sport- und Freizeitbetrieben sowie zu Veranstaltungen im Innern hatten nur noch geimpfte und genesene Personen Zugang (2G). 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 wo 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 (2G+). Ausserdem galt erneut eine Homeoffice-Pflicht (vgl. Medienmitteilung vom 17. Dezember 2021; <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-86544.html>, letztmals besucht am 20. März 2023; vgl. Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, Covid-19-Verordnung besondere Lage, vom 23. Juni 2021, Stand am 20. Dezember 2021).

Anlässlich seiner Sitzung vom 19. Januar 2022 entschied der Bundesrat, die Massnahmen gegen die Ausbreitung des Coronavirus zu verlängern. Die Homeoffice-Pflicht galt neu bis Ende Februar 2022, ebenso die Kontaktquarantäne. Die 2G- und die 2Gplus-Regel für gewisse Innenräume, die ausgeweitete Maskenpflicht innen, die 3G-Regel für Veranstaltungen draussen ab 300 Personen sowie die Einschränkung privater Treffen galten provisorisch bis Ende März 2022, wobei der Bundesrat laufend überprüfen wollte, ob die Entwicklung der Pandemie eine frühere Aufhebung der Massnahmen zulasse (vgl. Medienmitteilung vom 19. Januar 2022; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-86839.html>, letztmals besucht am 20. März 2023; vgl. Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, Covid-19-Verordnung besondere Lage, vom 23. Juni 2021, Stand am 25. Januar 2022).

Mit Beschluss vom 16. Februar 2022 hob der Bundesrat, mit Ausnahme der Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen sowie der Isolation positiv getesteter Personen, sämtliche schweizweiten Massnahmen gegen die Coronapandemie per 17. Februar 2022 auf (vgl. Medienmitteilung vom 16. Februar 2022; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-87216.html>, letztmals besucht am 12. März 2023; vgl. Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, Covid-19-Verordnung besondere Lage, vom 16. Februar 2022).

Am 30. März 2022 beschloss der Bundesrat per 1. April 2022 die Rückkehr in die normale Lage und hob auch die letzten Massnahmen auf (vgl. Medienmitteilung vom 30. März 2022; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-87801.html>, letztmals besucht am 20. März 2023).

3.2.

Angesicht der Tatsache, dass mit der seit 17. Februar 2022 geltenden normalen Lage selbst die Maskenpflicht in Lebensmittelläden dahinfiel, ist nicht nachvollziehbar und wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht plausibel dargelegt, dass bzw. weshalb der von ihr geltend gemachte Arbeitsausfall auf die Covid-19-Pandemie zurückzuführen sein soll. Selbst wenn jedoch davon ausgegangen würde, dass die Beschwerdeführerin den Mietvertrag für ihr Ladenlokal noch während und aufgrund der noch bis am 16. Februar 2022 geltenden Massnahmen gegen die Ausbreitung des Coronavirus kündigte, würde sich ein allfälliger damit im Zusammenhang stehender Arbeitsausfall als nicht anrechenbar erweisen. Die damals geltenden Massnahmen waren für Läden mit Waren des alltäglichen Gebrauchs nämlich jedenfalls nicht derart einschränkend, dass es der Beschwerdeführerin nicht zumutbar gewesen wäre, mit der Kündigung des Mietvertrages bis zum Abschluss eines neuen entsprechenden Vertrages zuzuwarten und diese dann auf einen Zeitpunkt hin auszusprechen, zu dem ihr die neue Lokalität bereits zur Verfügung stehen würde, und damit die nahtlose Weiterführung ihres Geschäftsbetriebes zu gewährleisten. Damit fehlt es auch an der Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls, welche jedoch sowohl bei einem auf wirtschaftliche Gründe wie auch auf behördliche Massnahmen zurückzuführenden Arbeitsausfall eine Anspruchsvoraussetzung für eine Kurzarbeitsentschädigung ist (vgl. E. 2. hiervor).

3.3.

Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die Beschwerdeführerin für den Zeitraum vom 31. August bis am 30. November 2022 mangels anrechenbaren Arbeitsausfalls keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für ihre Arbeitnehmenden hat. Der Einspracheentscheid vom 3. Oktober 2022 (VB 7) ist folglich zu bestätigen.

4.

4.1.

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde abzuweisen.

4.2.

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 61 lit. ^fbis ATSG).

4.3.

Der Beschwerdeführerin steht nach dem Ausgang des Verfahrens (Art. 61 lit. g ATSG) und dem Beschwerdegegner aufgrund seiner Stellung als Sozialversicherungsträger (BGE 126 V 143 E. 4 S. 149 ff.) kein Anspruch auf Parteientschädigung zu.

Das Versicherungsgericht erkennt:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen** seit der Zustellung beim **Bundesgericht Beschwerde** eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Aarau, 11. April 2023

Versicherungsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Peterhans

Fricker