

S1 22 88

**URTEIL VOM 15. SEPTEMBER 2022**

**Kantonsgericht Wallis  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung**

Besetzung: Dr. Thierry Schnyder, Präsident; Candido Prada und Thomas Brunner, Kantonsrichter; Petra Stoffel, Gerichtsschreiberin

**in Sachen**

**X** \_\_\_\_\_ **GMBH**, Beschwerdeführerin, vertreten durch M \_\_\_\_\_

**gegen**

**DIENSTSTELLE FÜR INDUSTRIE, HANDEL UND ARBEIT**, 1951 Sitten, Beschwerdegegnerin

(KAE/Dauerbezüger/vorübergehender Arbeitsausfall)

Beschwerde gegen den Entscheid vom 18. Mai 2022

## Verfahren und Sachverhalt

**A.** Die Beschwerdeführerin bezog ab dem 21. März 2020 (act. 9) Kurzarbeitsentschädigungen (fortan KAE). Letztmals mit Entscheid vom 20. Januar 2022 (act. 65) für den Zeitraum vom 13. Dezember 2021 bis zum 31. Januar 2022. Begründend führte sie u.a. aus, bei einer allfällig erneuten Voranmeldung von Kurzarbeit werde sich die Frage stellen, ob der Arbeitsausfall weiterhin als vorübergehend betrachtet werden könne. Dieser Entscheid trat unangefochten in Rechtskraft.

**B.** Am 25. Januar 2022 (act. 113 ff.) beantragte die Beschwerdeführerin die Weiterausrichtung der Entschädigung für den Zeitabschnitt vom 1. Februar 2022 bis zum 30. April 2022. Sie gab an, aufgrund der steigenden Omnikronzahlen und der ständig wechselnden behördlichen Massnahmen seien die Kunden verunsichert. Ferner seien Interkontinentalreisen immer noch kaum oder nur erschwert möglich und die Nachfrage danach nur spärlich gestiegen. Es entstehe voraussichtlich ein Arbeitsausfall von 75% für zwei Angestellte.

Mit Verfügung vom 10. Februar 2022 (act. 110) verneinte die Beschwerdegegnerin den Anspruch. Ein Arbeitsausfall von über 50% sei gemäss Mitteilung des SECO aufgrund der Lockerungen ganz allgemein bei Dauerbezüger nicht mehr plausibel. Kurzarbeit solle vorübergehende Beschäftigungseinbrüche ausgleichen. Die Beschwerdeführerin sei seit Beginn der Pandemie von einem Rückgang der Nachfrage nach ihren Dienstleistungen betroffen. Diese habe selber erklärt, ihre Betriebe würden aufgrund der anhaltenden Situation auf nicht absehbare Zeit im Jahr 2022 weiterhin ungedeckte Kosten aufweisen. Interkontinentalreisen, im Gegensatz zu Kurzstreckenreisen, seien immer noch kaum oder nur sehr erschwert möglich. Die Gesuchstellerin könne daher aufgrund der anhaltenden Covid-Pandemie und dem veränderten Reiseverhalten auch in den nächsten Monaten nicht mit derselben Arbeitsauslastung wie in Zeiten vor der Corona-Pandemie rechnen. Es könne nicht erwartet werden, dass die Gesuchstellerin ihre beiden Angestellten inskünftig zu 100% beschäftigen könne und die Kurzarbeit nur vorübergehender Natur sei.

Die dagegen erhobene Einsprache vom 8. März 2022 (act. 120) wies die DIHA mit Entscheid vom 18. Mai 2022 (act. 124 ff.) ab.

**C.** In der am 1. Juni 2022 dagegen bei der Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts Wallis erhobene Beschwerde wurde die Auszahlung der nachgefragten Kurzarbeitsentschädigung beantragt. Es sei eine zusätzliche Anstellung per

Ende 2021 geplant gewesen, die jedoch aufgrund der ausbleibenden Nachfrage unterblieben sei. Die Mitarbeiterin, für welche die Entschädigung beantragt werde, arbeite 60%, wobei ein Ausgleich von 40%-50% angestrebt werde. Die gesamte Reisebranche in der Schweiz sei von der Pandemie betroffen, dennoch würde es zu ungleichen Behandlungen kommen, wie der hinterlegte Entscheid des Kantons Zürich belege. Die Umbuchungen hätten bis zu 90% per Ende Januar 2022 abgeschlossen werden können.

In ihrer Vernehmlassung vom 9. Juni 2022 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Darin verwies sie hinsichtlich der Ungleichbehandlung auf die hinterlegte Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, die sie für bindend erachtete.

Nachdem die Beschwerdeführerin auf das Einreichen einer Replik verzichtet hatte, wurde der Schriftenwechsel am 25. Juli 2022 abgeschlossen.

Auf weitere Parteivorbringen wird, soweit entscheidungswesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (Arbeitslosengesetz, AVIG) sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) auf das AVIG anwendbar, soweit dieses nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt.

Gemäss Art. 56 Abs. 1 ATSG kann gegen Einspracheentscheide innert einer Frist von 30 Tagen nach deren Eröffnung Beschwerde bei einem vom Kanton bestellten Versicherungsgericht eingereicht werden (Art. 57 ATSG und Art. 60 ATSG). Die am 1. Juni 2022 eingereichte Beschwerde erfolgte fristgerecht.

**1.2** Die beschwerdeführende Gesellschaft hat ihren Sitz im Kanton Wallis. Die örtliche Zuständigkeit der angerufenen Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts ist somit gegeben (Art. 100 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 128 und Art. 119 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 [AVIV]; Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes über die Rechtspflege vom 11. Februar 2009 [RPfIG], Art. 1 Abs. 2 des Verfahrensreglements

des kantonalen Versicherungsgerichts vom 2. Oktober 2001 [RVG] und Art. 81a des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 [VVRG]). Die Beschwerdeführerin ist von der Verfügung, bzw. dem Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Sie ist somit zur Beschwerde legitimiert (Art. 59 ATSG). Auf die den formalen Anforderungen entsprechende Beschwerde kann eingetreten werden.

## **2.**

**2.1** Die Beschwerdeinstanz hat nicht zu prüfen, ob sich der angefochtene Entscheid unter schlechthin allen in Frage kommenden Aspekten als korrekt erweist, sondern im Prinzip nur die vorgebrachten Beanstandungen zu untersuchen (Rügeprinzip). Von den Verfahrensbeteiligten nicht aufgeworfene Rechtsfragen werden von der Beschwerdeinstanz nur geprüft, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichend Anlass besteht (BGE 119 V 347 E. 1a).

**2.2** Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin respektive ihre Arbeitnehmerin auch ab dem 1. Februar 2022 die Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigung erfüllt.

## **3.**

### **3.1**

**3.1.1** Um einen vorübergehenden wirtschaftlichen Einbruch zu überbrücken, kann der Arbeitgeber im Einverständnis mit den betroffenen Arbeitnehmern eine vorübergehende Reduktion der vertraglichen Arbeitszeit bzw. Kurzarbeit anordnen, wobei die arbeitsrechtliche Vertragsbeziehung aufrecht erhalten bleibt. Durch die Kurzarbeitsentschädigung wird ein anrechenbarer Arbeitsausfall angemessen entschädigt (AVIG-Praxis KAE/A1-A2).

Nach Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie bestimmte, in lit. a-d näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen. Gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG besteht u.a. ein Anspruch, 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). 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, der 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). 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 (Bundesgerichtsurteil C 279/05 vom 2. November 2006 E. 1; ARV 2004 S. 128 E. 1.3, je mit Hinweisen).

**3.1.2** Ob der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und der Arbeitsplatz durch Kurzarbeit erhalten werden kann, kann im Zeitpunkt der Voranmeldung in der Regel nur prognostisch anhand von Vermutungen geprüft werden. Nach der Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass ein Arbeitsausfall wahrscheinlich vorübergehend sein wird und die Arbeitsplätze durch die Einführung von Kurzarbeit erhalten werden können, solange nicht konkrete Anhaltspunkte die gegenteilige Schlussfolgerung zulassen (BGE 121 V 371 S. 374 E. mit Hinweisen). Dabei sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der angefochtenen Einspruchsverfügung prospektiv zu beurteilen (ARV 1989 Nr. 12 S. 124 E. 3a).

## **3.2**

**3.2.1** Im Zusammenhang mit Massnahmen wegen des Coronavirus (COVID-19) erliess der Bundesrat gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 der Bundesverfassung und auf die Artikel 6 Absatz 2 lit. b, 41 Abs. 1 und 77 Abs. 3 des Epidemiengesetzes vom 28. September 2012 mehrere Verordnungen, die innert kurzer Zeit diverse Änderungen erfuhren (COVID-19-Verordnung 2, COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung und COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall vom 13. März 2020).

**3.2.2** Ferner hat das SECO präzisierende Vorgaben für die Verwaltung publiziert. Gemäss Weisung 2021/16 vom 1. Oktober 2021 musste ein Betrieb mit einem Arbeitsausfall von über 50% für die Abrechnungsperiode ab Juni 2021 die Abrechnungen gegenüber der ALK begründen und mit plausiblen betrieblichen Unterlagen untermauern (S. 18 der Weisung). Nicht plausibilisierte Abrechnungen über dem Schwellenwert hatte die ALK der Dienststelle zur Prüfung zu unterbreiten. Ferner sollten Dauerbezügler ab Juni 2021 angehalten werden, zum Nachweis der Plausibilität der geltend gemachten Arbeitsausfälle darzulegen, dass – die auf die wirtschaftlichen Gründe zurückzuführenden Arbeitsausfälle weiterhin unvermeidbar waren; - noch immer Arbeitsausfälle vorlägen, die auf die Pandemie bzw. damit verbundene behördliche Massnahmen zurückzuführen waren und – der Arbeitsausfall weiterhin als vorübergehend betrachtet werde und erwartet werden dürfe, dass durch KAE Arbeitsplätze erhalten werden könnten.

Der Weisung 2021/16 war diejenige vom 30. Juni 2021 sowie die Mitteilung des SECO vom 18. Juni 2021 (Mitteilung 2021/9) vorausgegangen. Gemäss Letzterer hatten im Juni 2021 knapp 6% der Unternehmen seit März 2020 jeden Monat KAE bezogen. Das SECO führte dazu aus : «Obwohl gewisse Branchen (beispielsweise die Event-Branche) noch immer stark von der Pandemie getroffen sind und der durchgehende Bezug von KAE in diesen Fällen gerechtfertigt ist, ist in anderen Fällen fraglich, ob der dauerhafte Bezug von KAE im Kontext der gegenwärtigen Lockerungsschritte weiterhin plausibel ist. Entsprechend soll insbesondere die bereits vom Bundesrat beschlossene und voraussichtlich auf den 1. Juli 2021 in Kraft tretende Erhöhung der Höchstbezugsdauer für KAE auf 24 Monate zwar Unternehmen in stark betroffenen Branchen ermöglichen, auch weiterhin KAE zu beziehen – diese Erhöhung ist jedoch kein Freipass für einen Dauerbezug, und die Anspruchsvoraussetzungen müssen auch weiterhin vollumfänglich erfüllt sein. Die KAST sind daher angehalten, insbesondere erneute Voranmeldungen von Unternehmen, die seit März 2020 dauerhaft KAE beziehen, einer besonderen Plausibilisierungsprüfung zu unterziehen».

**3.2.3** Verwaltungsweisungen 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 140 V 314 E. 3.3 mit Hinweisen; vgl. BGE 133 II 305 E. 8.1).

#### 4.

**4.1** Die Beschwerdegegnerin verneinte einen weiteren Anspruch der Beschwerdeführerin auf KAE ab Februar 2022 im Wesentlichen mit der Begründung, es sei nicht glaubhaft dargelegt worden, dass die Arbeitsausfälle nur vorübergehender Natur seien. Dabei bezog sie sich insbesondere auf die Weisungen und Mitteilungen des SECO.

Demgegenüber bringt die Beschwerdeführerin vor, ihr Gesuch betreffe eine Mitarbeiterin im Teilpensum von 60%, wobei ein Ausgleich von 40%-50% angestrebt werde. Man habe die Zusatzanstellung nicht vorgenommen und Umbuchungen seien bis Ende Januar 2022 quasi abgeschlossen worden. Die Nachfrage sei verhalten geblieben und die Reisebranche leide immer noch.

**4.2** Unstrittig ist die Beschwerdeführerin - als in der Reisebranche Tätige - seit Beginn der Pandemie von einem übermässigen Rückgang der Nachfrage betroffen. Zweifelsfrei steht sodann fest, dass die Arbeitsauslastung auch anfangs Februar 2022 nicht wie in Zeiten vor der Corona-Pandemie war. Der Betrieb konnte aufgrund der anhaltenden Massnahmen auch in den nächsten Monaten nicht mit einer rasant ansteigenden Arbeitsauslastung rechnen, wie dies die Beschwerdegegnerin selber darlegt. Dabei handelte es sich nicht um leichte Schwankungen in der Auftragslage im Jahresverlauf, sondern war ein Einbruch im Hauptgeschäftsbereich (Kreuzfahrt, Überseereisen) zu verzeichnen, wobei es nicht einmal um Terminverschiebungen gekommen war. Der darauf zurückzuführende Arbeitsausfall war somit nicht betriebsüblich und der Betriebsausfall war bei fast gleichbleibenden Personalkosten ausserordentlich. Zwar hatte der Bundesrat vom Februar 2022 bis April 2022 einzelne Massnahmen gelockert oder gar aufgehoben (vgl. Mitteilungen des Bundesrates vom 16. Februar 2022, vom 18. März 2022, vom 30. März 2022). Dennoch waren bestimmte Branchen nach wie vor stark von der Pandemie-Situation betroffen. Gesamthaft bestand für diese Betriebe und deren Mitarbeiter ein direkter oder unmittelbarer Zusammenhang zwischen den behördlichen Massnahmen und dem Risiko eines unmittelbaren Arbeitsplatzabbaus.

Diesem Umstand trug selbst das SECO in seinen Weisungen und Mitteilungen Rechnung, indem das Sekretariat zum einen festlegte, dass eine Pandemie aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG betrachtet werden könne, selbst wenn unter Umständen jeder Arbeitgeber betroffen sein könne. Demnach seien Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen seien, in Anwendung von Art. 32

Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar (vgl. die Weisung 2021/06: Aktualisierung «Sonderregelungen aufgrund der Pandemie» vom 19. März 2021, Ziff. 2.1 f.). Zum anderen regelte das SECO die Verhältnisse der Dauerbezüger von KAE gesondert und erachtete in ihrer Mitteilung 2021/9 vom 18. Juni 2021 Absatz 2 den durchgehenden Bezug von KAE in gewissen Bereichen (Event-Branche) als gerechtfertigt. Diesen Umstand liess die Beschwerdegegnerin ausser Acht. Sofern sie jedoch die Weisung/Mitteilung des SECO als verbindlich anerkannte, war es ihr mithin nicht erlaubt, davon Abstand zu nehmen, dass Dauerbezüger von *gewissen Bereichen* eine «Härtefalllösung» zugestanden erhielten. Als solche Branche wird gemäss Mitteilung des SECO explizit der Event-Bereich genannt, wobei es sich zweifelsfrei um eine exemplarische, nicht abschliessende Aufzählung handelt. Beispielhaft führen denn auch die «Erläuterungen vom Juni 2021» des SECO zur Änderung der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung: Erhöhung der Höchstdauer für den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung und Verlängerung der Geltungsdauer weiterer Massnahmen auf Seite 7 und 10 auf: «Viele Unternehmen, die seit Beginn der Pandemie ununterbrochen KAE bezogen haben, dürfen auch nach Erreichung der gegenwärtigen Höchstbezugsdauer mit pandemiebedingten Arbeitsausfällen konfrontiert sein. Dies dürfte voraussichtlich für die überdurchschnittlich betroffenen Branchen wie Gastgewerbe, Unterhaltung, Luftfahrt oder **Reiseveranstalter** gelten. Die Höchstdauer zum Bezug von KAE soll deshalb verlängert werden, bis keine weitreichenden pandemiebedingten Arbeitsausfälle mehr anfallen. Dies erfüllt den grundsätzlichen Zweck von Kurzarbeit, Entlassungen aufgrund unvermeidbarer Ursachen möglichst zu vermeiden (...). Durch die Erhöhung der Höchstdauer für den Bezug von KAE kann die Zahl von Entlassungen eingeschränkt werden, bis sich die Wirtschaftslage weiter erholt. Davon profitieren insbesondere Branchen wie Gastgewerbe, Unterhaltung, Handel, **Reisegewerbe** und Luftfahrt bzw. die in diesen Branchen tätigen Arbeitnehmenden, welche seit dem Frühjahr 2020 von den angeordneten Einschränkungen betroffen sind». Die Höchstdauer von 24 Monaten wurde vom Bundesrat bis zum 30. Juni 2022 verlängert, wobei die Verlängerung auf Betriebe, die im März 2020 das erste Mal KAE für ihre Arbeitnehmenden bezogen bzw. ihre zweijährige Rahmenfrist eröffnet hatten, keine Auswirkung hatte, da sie nach Ablauf ihrer Rahmenfrist ohne Unterbruch am 1. März 2022 eine neue zweijährige Rahmenfrist eröffneten und weiterhin KAE für ihre Arbeitnehmenden beziehen konnten (vgl. Erläuterungen des SECO vom Januar 2022 Änderung der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung: Verlängerung des summarischen Abrechnungsverfahrens und Wiedereinführung weiterer Massnahmen S. 7, 8).

**4.3** Nach dem Gesagten steht somit fest, dass es bei der Beschwerdeführerin auch ab Februar 2022 zu einem Arbeitsausfall - im Übrigen unter der Schwellengrenze von 50% - gekommen war bzw. eine Mitarbeiterin nicht ihr gewohntes Pensum arbeiten konnte, obwohl interne Massnahmen (wie Nichtanstellung einer weiteren Mitarbeiterin, Vorname von Umbuchungen, Investitionsstopp) bereits veranlasst worden waren, und, dass der in der Reisebranche tätigen Beschwerdeführerin ihr Arbeitsausfall von 40%-

50% - n.a. von einer Mitarbeiterin im Teilpensum von 60% - wegen der behördlichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus und der anhaltenden unklaren Lage (Unsicherheit der Kunden, Schwierigkeiten aufgrund diverser Massnahmen in diversen Ländern usw.) entstanden ist. Unter diesen Umständen stand ihr auch als Dauerbezügerin ein Anspruch auf KAE ab 1. Februar 2022 weiterhin zu, zumal die Umsatzzahlen eingebrochen waren (vgl. act. 61 f.). Die Ausfallstunden des Personals ab Februar 2022 waren für einen Betrieb wie der Reiseveranstalter allein nicht tragbar, da bereits in den letzten Jahren aufgrund COVID-19 keine Reserven gebildet werden konnten. Dem Gesuch um Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung ist daher zu entsprechen. Dies führt zur Aufhebung des strittigen Entscheides und zur Gutheissung der Beschwerde.

5. Gerichtskosten werden nicht erhoben, da das Verfahren vor dem Kantonsgericht in Bezug auf Leistungen gemäss Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> ATSG kostenlos ist. Das Spezialgesetz, in casu das AVIG, sieht keine Kostenpflicht vor. Parteientschädigungen sind keine geschuldet, da diese weder geltend gemacht wurden noch eine anwaltliche Vertretung erfolgt war.

### **Das Kantonsgericht erkennt**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid vom 18. Mai 2022 aufgehoben.
2. Es werden weder Kosten erhoben noch Parteientschädigungen ausgerichtet.

Sitten, 15. September 2022