

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00109

vom 8. Dezember 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-12-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00109

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00109 du 8 décembre 2022

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00109 del 8 dicembre 2022

Erwägungen

E. 1

Aufgrund der behördlichen Massnahmen infolge der COVID-19- Pandemie wurde der X.____ GmbH auf entsprechend e Voranmeldungen bzw. auf An passungsgesuch hin (vgl. Urk. 7/39, 7/36, 7/33 und 7/30) in der Zeit vom 17. Juli

bis 16. Oktober 2020 (Urk. 7/37) sowie vom

E. 1.1

Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung von Arbeitnehmer n , deren normale Arbeitszeit verk ürtzt oder deren Arbeit ganz ein gestellt ist, setzt insbesondere voraus, dass 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 d des Bundesgesetz es über die obliga torische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung , AVIG). An re chenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurück zu führen und unvermeidbar ist (Art.

32 Abs.

1 lit. a AVIG).

E. 1.2

Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe sehr weit aus und versteht darunter sowohl strukturelle als auch konjunkturelle Gründe insge samt 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

8C_549/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.2 und C 279/05 vom 2. November 2006 E. 1, je mit Hinweisen). Nicht als anre chenbar gilt ein Arbeitsausfall jedoch dann, wenn er branchen , berufs oder betriebs üb lich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art.

33 Abs.

1 lit. b AVIG). Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeits ausfall, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen, andere übliche Betriebs un ter brechungen oder durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebs risiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a 2. Satzteil AVIG; ARV 2004 Nr. 5 S. 58 E. 2.1).

Mit dem normalen Betriebsrisiko sind die „gewöhnlichen“ Arbeits ausfälle gemeint, mithin 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 aufgrund der mit der spezifischen Betriebstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen (BGE 138 V 333 E. 4.2.2 mit Hinweisen).

E. 1.3

Der vom Bundesrat gestützt auf Art. 32 Abs. 3 AVIG erlassene Art. 51 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV) sieht zudem vor, dass Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, (nur) anrechenbar sind, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann. Ein nicht abschliessender Katalog derartiger Arbeitsausfälle findet sich in Art. 51 Abs. 2 AVIV.

Nach der Rechtsprechung gelten für die Anrechenbarkeit eines entsprechenden Arbeitsausfalls wiederum die in Art. 33 AVIG statuierten Einschränkungen, wie sie in E. 1.2 erläutert wurden

(vgl. BGE 128 V 305 E. 4b; 121 V 374 E. 2). 1. 4

Beabsichtigt ein Arbeitgeber, für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, so muss er dies der kantonalen Amtsstelle mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit schriftlich voranmelden. Der Bundesrat kann für Ausnahmefälle kürzere Voranmeldefristen vorsehen. Die Voranmeldung ist zu erneuern, wenn die Kurzarbeit länger als drei Monate dauert (Art. 36 Abs. 1 AVIG). 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). 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).

Gemäss Art. 38 Abs. 1 AVIG muss der Arbeitgeber den Entschädigungsanspruch seiner Arbeitnehmer alsdann innert dreier Monate nach Ablauf jeder Abrechnungsperiode gesamthaft für den Betrieb bei der von ihm bezeichneten Kasse geltend machen. Als Abrechnungsperiode gilt ein Zeitraum von einem Monat oder von vier zusammenhängenden Wochen (Art. 32 Abs. 5 AVIG). Die Kasse prüft die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 31 Abs. 3 und 32 Abs. 1 lit. b AVIG, ob allenfalls ein Einspruch erhoben wurde, und alle von der kantonalen Amtsstelle im Voranmeldeverfahren zu prüfenden Anspruchsvoraussetzungen (Art. 39 Abs. 1 und 2 AVIG); sofern alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind und kein Einspruch vorliegt, nimmt sie die Auszahlung vor (Nussbaumer, in: Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, Arbeitslosenversicherung, 3. Auflage, Basel 2016, Rz. 525, S. 2424 f.).

Falls die Kasse feststellt, dass die von der kantonalen Amtsstelle zu prüfenden Anspruchsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt sind, richtet sie keine Kurzarbeitsentschädigung aus und unterbreitet die Akten zur erneuten Überprüfung der kantonalen Amtsstelle (AVIG-Praxis KAE, G20). Falls sich bestätigt, dass die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen für die Bewilligung von Kurzarbeit nicht mehr erfüllt sind, beispielsweise wegen zwischenzeitlicher Aufhebung von behördlichen Massnahmen im Sinne Art. 51 AVIV, erhebt die kantonale Amtsstelle nach Art. 36 Abs. 4 AVIG durch eine die ursprüngliche Verfügung abändernde Verfügung Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung ab dem Zeitpunkt, in welchem sich der auf den Arbeitsausfall auswirkende Sachverhalt geändert hat. Falls sich herausstellt, dass die Bewilligung der Kurzarbeit mangels erfüllter Anspruchsvoraussetzungen von Anfang an zu Unrecht erteilt wurde, ist das AWA berechtigt, unter dem Titel der Wiedererwägung auf seine ursprüngliche Verfügung zurückzukommen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 8C_474/2021 vom 19. Oktober 2021). 1. 5

Zu beachten gilt es zudem das Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102), das in den Art. 17a und Art. 17b für die Kurzarbeitsentschädigung Abweichungen vom AVIG vorsieht. Darüber hinaus wird der Bundesrat in Art.

E. 4

Mai 2021 stellte die X.____ GmbH

mittels Formular

zur Voranmeldung von Kurzarbeit beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) einen Antrag auf Weiterausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung

für die Zeit vom 14. Mai bis 31. Juli 2021 bei einem voraussichtlichen Arbeitsausfall von 75 % (Urk. 7/28).

Mit Verfügung vom

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin ist nach eigenen Angaben im Hochbau tätig (vgl. E. 2.2). Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt sie das Ausführen von Gips- und Malerarbeiten und damit zusammenhängenden Dienstleistungen (Eintrag abrufbar unter www.zefix.ch). Auf ihrer Internetseite vermarktet sie sich als «Power-Team für Innenaufbau-Lösungen» und bietet konkret folgende Arbeiten an: Gipsarbeiten, Fassadenisolationen, Sanitär- und Trägersysteme, Leichtbauwände, Deckenbekleidungen, Estrich-Elemente, Verputzarbeiten, Brandschutzverglasung, Akustikmodular- und -decken, BASWA Phon Akustiksysteme (Urk. 7/21).

E. 4.2

Nach eigenen Angaben im Verwaltungsverfahren

(Urk. 3/4) erzielte sie dabei von Juni bis Dezember 2019 einen durchschnittlichen monatlichen Umsatz von ca. Fr. 86'000.--,

im Jahr 2

E. 4.3

Zur Diskussion steht somit einzig, ob die Covid-19-Pandemie an sich einen entschädigungspflichtigen Arbeitsausfall verursachte, indem sie dazu führte, dass die beiden Hauptkunden der Beschwerdeführerin keine Aufträge mehr erteilte n bzw. Projekte auf unbestimmte Zeit verschoben wurden. Andere Gründe für den angegebenen Arbeitsausfall machte die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin auch im vorliegenden Prozess keine geltend (vgl. E. 2. 2).

Entgegen ihrer Auffassung vermögen die bis auf einzelne Monate nicht aus dem Rahmen fallenden Umsätze zusammen mit dem blossen Hinweis auf das Ausbleiben von Aufträgen und das Bestehen einer Pandemie noch keinen Zusammenhang zwischen der Pandemie und dem Arbeitsausfall zu indizieren, auch wenn ihr beizupflichten ist, dass ein stark herabgesetztes Beweismass gilt. Denn wie der Beschwerdegegner unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zutreffend erörterte, sind Schwankungen in der Auftragslage sowie Terminverschiebungen auf Wunsch von Auftraggebern oder allenfalls aus anderen Gründen, die das mit der Ausführung der Arbeiten beauftragte Unternehmen nicht zu verantworten hat, im Baugewerbe durchaus üblich (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 237/06 vom 6. März 2007 E. 2). Ebenso beinhaltet die Geschäftsbeziehung mit einem Hauptkunden, auch bei gutem Einvernehmen, das vorhersehbare Risiko, bei veränderten Verhältnissen einen Umsatzeinbruch zu erleiden (vgl. Urteil des Bundesgerichts

8C_291/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.4), etwa weil er aufgrund von Misswirtschaft in Konkurs geht, eigene Kapazitäten ausbaut oder vermehrt Aufträge an Konkurrenten vergeben. Auch stellen Beschäftigungsschwankungen aufgrund einer verstärkten Konkurrenzsituation im Baugewerbe ein normales Betriebsrisiko dar (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 8/03

vom 4. Dezember 2003 E. 3). 4. 4

Um einen Zusammenhang zwischen den Umsatzzahlen und der Covid-19-Pandemie herzustellen bzw. den durch die Pandemie bedingten vom durch das übliche Betriebsrisiko verursachten Arbeitsausfall abzugrenzen, berücksichtigte der Beschwerdegegner daher zu Recht die Entwicklungen in der Baubranche.

Ist ein Unternehmen deutlich stärker betroffen als andere – in Bezug auf ihre Tätigkeit vergleichbare – Unternehmen, so liegt der Schluss nahe, dass Ursache hierfür nicht eine allgemein schlechte Auftragslage infolge der Covid-19-Pandemie ist, sondern sich vielmehr ein spezifisches Betriebsrisiko

verwirklicht hat, wie es bei spielsweise mit einer starken Spezialisierung der Tätigkeit oder einem kleinen Kunden- oder Lieferantenstamm einhergeht.

Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass nach mehr als einem Jahr Pandemie und Bezug von Kurzarbeitsentschädigung sowie schwer abschätzbarem weiteren Verlauf der Pandemie von einem Unternehmen grundsätzlich auch gewisse Massnahmen

zur Minderung des angegebenen,

anhaltenden Arbeitsausfalls zu erwarten sind – etwa eine Optimierung

des eigenen Angebots anhand der Nachfrage oder Bemühungen zur Erweiterung des Kundensegments bzw. zum Aufbau zusätzlicher Lieferketten oder Lagerkapazitäten. So wie es auch ein Unternehmen

täte , da s keine staatliche Unterstützung erhält und sein e Existenz selbst sichern müsste. Es sei bereits an dieser Stelle angemerkt, dass seitens der B eschwerdefüh rerin keine solche n Massnahmen dargetan wurden . Vielmehr rechtfertigte sie das Festhalten an ihrer bisherigen Strategie mit wenigen Hauptkunden mit einer Überhäufung von Aufträgen in normalen Zeiten. 5. 5.1

Der Schweizerisch e Bau meister verband (SBV) publiziert auf seiner Internetseite laufend verschiedene Statistiken und Bericht e , die Auskunft über die Entwicklung in der Baubranche geben (<https://baumeister.swiss/baumeister-5-0/konjunkturdaten-und-quartalerhebungen/> , Rubrik «Baukonjunktur», zuletzt be sucht am

E. 7

. Mai 2021 bewilligte das AWA das Gesuch und berechtigte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zur Auszahlung von Kurzarbeitsent schädigung in der Zeit vom 14.

Mai bis 1 3.

November 2021 , sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (Urk. 7/26) .

Für die Kontrollperiode Juni 2021 machte die X.____ GmbH einen Arbeitsausfall von 64,49 % geltend (Urk. 3/9). D ie Arbeitslosenkasse des K antons Zürich stellte ihr deshalb den « Fragebogen für Arbeitsausfälle von mehr als 50 % ab der Abrechnungsperiode Juni 2021 » z u und verlangte die monatlichen Um satzzahlen seit Juni 2019 (Urk. 7/23, E-Mails vom 7. Juli und 2. August 2021). Nach Eingang der verlangten Angaben (Urk. 7/ 24 und 7/25) überwies sie die Sa che zum Entscheid an das AWA (Urk. 7/23 S. 1). Dieses hob mit Verfügung vom 16. September 2021 (Urk. 7/ 2) die

Verfügung vom 7. Mai 2021 wiedererwägungs weise auf und berechtigte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, der X.____ GmbH in teilweiser Bewilligung ihres jüngsten Gesuchs nur für die Zeit vom 14. bis 31.

Mai 2021 Kurzarbeitsentschädigung auszurichten, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Für die Zeit ab 1. Juni 2021 erhob das AWA neu Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädi gung. Die von der X.____ GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Zogg, dagegen am

E. 7.2

Mrd. gestiegen sei . In den Sparten Wohnungs - u nd Wirtschaftsbau sei das Volumen im Vergleich zum Vorjahres quartal um über 13

% gestiegen. Indes bleib e die Konjunktur aufgrund der unsi cheren Corona -Pandemie anfällig, so

dass der Bauindex , das Prognoseinstrument von

Credit Suisse (CS) und SBV , zurückhaltend von einem 3%-Umsatzwachstum im 2. Quartal 2021 ausgeh e . Ein

Faktor, der sich umsatzhemmend auswirken könnte, sei die weltweite Knappheit bei einigen Baumaterialien . Letztes Jahr seien ob der ungewissen Konjunkturaussicht bis zu 4 ' 000 saisonale Stellen weniger geschaffen worden als üblich . S eit Jahresbeginn sei die Arbeitslosigkeit im

Bauhauptgewerbe gesunken. Trotzdem seien per Ende März 2021 noch immer 2'800 bzw. 3

% weniger

Stellen besetzt als ein Jahr zuvor.

Zu ergänzen ist, dass die Baubranche in der Westschweiz und im Tessin im Jahr 2020 deutlich stärker von Umsatzeinbrüchen betroffen war als diejenige in der Deutschschweiz und insbesondere die Region Zürich (vgl. Borschüre «Zahlen und Fakten 2021», S. 11). In der Region Zürich / Schaffhausen war die Bautätigkeit

im 1. Quartal 2021 nach der Abflachung im 1. und 4. Quartal 2020 zudem ebenfalls stark gestiegen (+14.3 % gegenüber der Vorjahresperiode, im Hochbau +9,2

%) . Die lokale Sektion des SBV erläuterte, dies habe damit zu tun, dass die ersten Krisenunsicherheiten verfliegen seien. Es seien weiterhin zahlreiche Grossprojekte in Ausführung. Zurückgestellte Projekte würden ausgelöst. Die öffentliche Hand habe sich regional zum Teil sehr azyklisch verhalten, was sich ebenfalls positiv auswirke (+13.2

% bei den Bauvorhaben für das nächste Quartal gegenüber der Vorjahresperiode, im Hochbau +2,2

%) . Der Rückgang im Arbeitsvorrat (-5,1% gegenüber der Vorjahresperiode, im Hochbau -10.8 %) spiegelte den eingangs erwähnten Projektstau und den aktuellen Aktivismus wieder.

Die

vorab am 25. Februar 2021 publizierte Einschätzung von CS und SBV

zum Bauindex Schweiz im 1. Quartal 2021

ist – wie in der vorstehend zitierten Quartalerhebung des SBV festgehalten – als vorsichtig zu bezeichnen. So wurde die Tatsache, dass seitens der Bauherren in Erwartung einer wirtschaftlichen Erholung eine gewisse Zuversicht zurückgekehrt war, mit Blick auf die Unsicherheiten bezüglich des weiteren Pandemieverlaufs, die geringeren Bauausgaben gemäss Baubewilligungen im Jahr 2020 und «drohende» Projektsistierungen aufgrund finanzieller Engpässe bei Bauherren oder wegen des sich abzeichnenden Nachfragerückgangs bei Büro- und Verkaufsflächen relativiert. Man schätzte, dass sich die Umsätze des Bauhauptgewerbes im Jahr 2021 um 1,5 % erholen, aber unter der Schwelle von Fr. 20 Mrd. bleiben würden.

Zum Hochbauindex im Speziellen wurde erläutert, dieser sei gegenüber dem Vorquartal um weitere 4.6 % (Wohnungsbau: +4.8 %, Wirtschaftsbau: +1.2

%) gestiegen. Die Umsätze des Hochbaus dürften damit die Erholungstendenz, die bereits im letzten Quartal des Vorjahrs zu spüren gewesen sei, vorerst fortsetzen. Über das ganze Jahr 2020 habe der Hochbau aber empfindliche Umsatzrückgänge von 10.8

% zu verzeichnen gehabt. Für das laufende Jahr erwarte man insgesamt zwar ein leichtes Umsatzplus, es dürfte jedoch bei Weitem nicht gelingen, auf das Vorkrisenniveau zurückzukehren. Für eine Stabilisierung des Wohnungsbaus sprächen ein leichtes Plus bei den Baubewilligungen und dem Arbeitsvorrat. Beim Wirtschaftsbau sei im vergangenen Jahr zwar ein deutliches Plus bei den Baugesuchen zu verzeichnen gewesen. Die derzeitige

Unsicherheit bezüglich dem zukünftigen Bedarf an Büro- und Verkaufsflächen lasse jedoch Zweifel aufkommen, ob langfristig auch alle Projekte tatsächlich umgesetzt würden.
5.3

Gemäss der SBV-Quartalerhebung zum 2. Quartal 2021, publiziert am 24. August 2021, kostete die Corona-Krise das Bauhauptgewerbe allein im 2. Quartal 2020 Fr. 0.5 Mrd. Umsatz. Im Jahr 2021 werde endlich wieder reger gebaut, mit Fr. 5.7 Mrd. im Zweitquartal nähere sich der Umsatz allmählich dem Vorkrisenniveau an. Die Beschäftigungszahlen hätten sich bislang nicht vollständig erholt. Als Nachholeffekt würden im laufenden Jahr mehr Aufträge vergeben. Arbeitsvorrat und Bauvorhaben entsprächen dem Vorkrisenniveau, so dass der Bauindex

die Umsatzprognose für 2021 von 1.5 % zu Beginn des Jahres auf 4.5 % erhöhe.

Im Detail wurde erläutert, der Umsatz sei gegenüber dem Vorjahresquartal um 5.2

% gestiegen, liege aber weiterhin unter dem Vorkrisenniveau. Der Wirtschaftsbau habe das Tempo aus dem

Anfangsquartal nochmals gesteigert (+11

%).

Der Wohnungsbau sei eine gewichtige, indes volatile Kraft (+20

%). Ob wohl der SBV dieses Jahr mit einer Erholung gegenüber dem Jahr 2020 rechnen, sei mittelfristig Vorsicht angebracht. Die

Anzahl der Baugesuche in der Wohnsparte sei im ersten Semester 2021 gegenüber dem Vorjahreszeitraum um

21

% gestiegen, das Frankenvolumen um 6

%. Viele Menschen wollten ihre Wohnungen und Häuser

umbauen bzw. ausbauen. Es könnte sich bei diesem Anstieg aber um ein vorübergehendes Phänomen

handeln.

Der Umsatz des Bauhauptgewerbes bewegte sich weiterhin unter dem Niveau des Jahres 2019, könnte aber gemäss

der neuen Prognose des Bauindex im laufenden Jahr insgesamt die Schwelle von Fr. 20 Mrd. wieder

etwas übertreffen. Engpässe in der Verfügbarkeit verschiedener Baumaterialien würden bei Bauprojekten teilweise zu

Verzögerungen und Preisaufschlägen führen. Corona hemme weiterhin die Produktivität und über den

Konjunkturaussichten hänge ein Damoklesschwert. Dementsprechend seien manche Firmen

zurückhaltend bei Neuanstellungen.

Im

Juli 2021 habe es laut SECO ein Viertel mehr Arbeitslose im Hoch- und Tiefbau als noch im Juli 2019 gehabt.

Gemäss Angaben der Sektion war in der Region Zürich/Schaffhausen im Bereich der Bautätigkeiten total ein Rückgang zu verzeichnen, wobei insbesondere der Hochbau einen markanten Rückgang von 13.5 % erfahren hatte. Der Wohnungsbau machte

hierbei

(mit -2.3 %) allerdings einen geringen Teil aus. Bei den Auftragseingängen sei eine erfreuliche Zunahme zu erkennen. Es scheint, als würden die teils Pandemie bedingten Zurückhaltungen von Projektauslösungen abgebaut. Am stärksten davon profitieren der Wohnungsbau mit 53

%. Dies schlägt sich auch im Merkmal Arbeitsvorrat nieder, der für den Wohnungsbau mit einem Wert von 29.5

% beachtlich sei.

Der vorab publizierten

Medienmitteilung von CS und SBV zum Bauindex Schweiz im 2. Quartal 2021 (Publikationsdatum 26. Mai 2021) war zu entnehmen gewesen, der Bauindex

könne seine Erholungstendenz vorerst nicht bestätigen. Man erwarte im Vergleich zum Vorjahresquartal zwar ein Umsatzplus von 2.9

%. Gegenüber dem 1.

Quartal 2021 dürfte jedoch ein leichter Rückgang der saisonbereinigten Umsätze des Bauhauptgewerbes um 1,5

% resultieren. Dieser sei hauptsächlich auf den Wohnungsbau (-3, 5

%) und

den öffentlichen Hochbau zurückzuführen. Die Auftragslage sei dabei auch im Hochbau intakt und insbesondere im Wirtschaftsbau

seien zuletzt wieder mehr Auftragseingänge verbucht worden. Dies dürfte sich mittelfristig auch nicht ändern. In den vergangenen 12 Monaten seien für Projekte mit einem Volumen von

insgesamt Fr. 47.9 Mrd. Baugesuche eingereicht, was dem höchsten Stand seit Ende 2018 entspreche. Die Umsatzentwicklung werde

jedoch weiterhin durch pandemiebedingte Produktivitätseinbußen

und zunehmend auch durch Lieferengpässe bei wichtigen Baumaterialien gebremst.

Eingetrübt würden die Aussichten ausserdem im Wohnungsbau bleiben, wo regional vorherrschende

Überangebote bei Mietwohnungen teilweise weiter zunehmen. Im Wirtschaftsbau dürfte sich längerfristig

der Nachfragerückgang bei Büro- und Verkaufsflächen bemerkbar machen, was gegenwärtig

noch durch eine rege Investitionstätigkeit bei Infrastrukturprojekten (z.B. Datacenter) kaschiert werde.

5.4

Im

3. Quartal 2021 war die Bautätigkeit mit Fr. 6,4 Mrd. gemäss der Quartalsberichterstattung des SBV, veröffentlicht am 23. November 2021, aussergewöhnlich stark. Es sei das umsatzstärkste Quartal seit mindestens drei Jahrzehnten. Ein Teil des Umsatzwachstums sei auf höhere Baupreise statt eine gesteigerte Produktion zurückzuführen. Alle fünf Sparten, vom Wohnungs- bis hin zu öffentlichen Tiefbau hätten einen positiven Wachstumsbeitrag geleistet. Die Beschäftigung habe mit 91'500 Festangestellten per Ende September 2021 den höchsten Wert seit fast 20 Jahren erreicht. Was auf dem Papier wie eine Boomphase aussehe, müsse aber wegen starker Sonder- und Nachholeffekte relativiert werden. Der Bauindex sage für das letzte Vierteljahr 2021 eine Bautätigkeit von rund Fr. 5 Mrd. voraus. Damit würde der Umsatz wieder an das Niveau des Jahres 2019 – das bisherige Rekordjahr – heranreichen, es womöglich überschreiten. Mit Blick auf die Zukunft wurde erörtert, wegen der Corona-Krise sei der Auftragseingang im Jahr 2020 zunächst stark rückläufig gewesen. Gerade zu Beginn des 1. Quartals 2021 sei es aber zu einem beeindruckenden Aufholeffekt gekommen, es seien Fr. 7.2 Mrd. an neuen Aufträgen gesprochen worden, ein Rekordwert. Anschliessend habe die Dynamik aber bereits wieder deutlich nachgelassen, im 2. Quartal 2021 seien noch Fr. 5.8 Mrd. an Aufträgen erteilt worden, im 3. Quartal 2021 seien es noch Fr. 5.3 Mrd. gewesen. Der Arbeitsvorrat werde emsig abgearbeitet, von Fr. 17 Mrd. Ende März 2021 auf Fr. 15.4 Mrd. Ende September 2021. Mit der prognostizierten Bautätigkeit im Schlussquartal dürfte der Arbeitsvorrat noch weiter sinken. Anzahl und Volumen neuer Baugesuche könnten ihren Zenit bereits überschritten haben, die öffentlichen Ausschreibungen und Zuschläge würden an Dynamik verlieren. Aus diesen Gründen sei es nicht garantiert, dass die derzeit hohe Beschäftigung dauerhaft gehalten werden könne. Üblicherweise erreiche die Beschäftigung im Bauhauptgewerbe Ende September ihren Höhepunkt im Jahr, danach sinke die Beschäftigung um mehrere Prozent aufgrund der Winterwitterung. Derzeit scheine es eher unwahrscheinlich, dass die Beschäftigung im nächsten Jahr wieder so stark ansteige wie 2019 oder 2021.

Nichts Anderes liess die Sektion für die Region Zürich/Schaffhausen verlauten:

Der Stand der Konjunkturdaten per Ende 3. Quartal 2021 bestätige die Entwicklung, wie man sie im Verlauf des Jahres wahrnehmen könne. Das Vertrauen in eine gewisse Stabilität der Wirtschaft mache sich deutlich bemerkbar, es werde umsatzmässig auf einem sehr hohen Niveau geplant und gebaut. Verglichen mit den gesamtschweizerischen Werten liege die Region Zürich/Schaffhausen in sämtlichen Bereichen weit höher. Im Bereich der Bautätigkeiten liege der Tiefbau mit einer Zunahme von gut 49

% weit über dem Niveau des Jahres 2019. Im Hochbau sei die Entwicklung nicht gleich stark, mit 14

% aber dennoch beachtlich. Zuversichtlich stimme der Fakt, dass im Bereich der Auftragseingänge der Hochbau dies aber werde wettmachen könne. Mit einer Zunahme von 37

% werde hier das Niveau von 2019 ebenfalls übertroffen. Der Arbeitsvorrat als Indikator für die nächste Zukunft sei sowohl im Hochbau als auch im Tiefbau deutlich gestiegen. Zuversichtlich würden zudem die Werte im Bereich der Bauvorhaben stimmen, die eine Zunahme von knapp 47

% aufweisen würden. Zusammenfassend könne festgestellt werden, dass die Bauwirtschaft in der Region Zürich/Schaffhausen nach der Überwindung der verhaltenen Entwicklungs- und Tätigkeitszeiten im Jahr 2020 auf sehr gutem Kurs sei.

Dementsprechend war bereits dem Bericht von CS und SBV zum Bauindex Schweiz im 3. Quartal 2021 (Publikationsdatum 24. August 2021) zu entnehmen, dass dieser seine Erholungstendenz fortsetze. Bereinigt um Saison- und

Kalendereffekte erwarte man ein Umsatzplus von rund 1.7

% gegenüber dem Vorquartal. Die

Schrittmacher seien dabei derzeit der Wohnungs- (+8.4

%) und der Wirtschaftsbau (+6.0

%).

Beide Segmente würden gut gefüllte Auftragsbücher aufweisen – auch weil sich aufgrund von Einschränkungen

und Produktivitätseinbussen während der Pandemie teilweise ein Rückstau gebildet

haben dürfte. Die gute Auftragslage spreche vorerst für eine Fortsetzung des Erholungskurses.

Mittelfristig würden jedoch die Baugesuche insbesondere beim Neubau von Mehrfamilienhäusern

auf einen Rückgang hin deuten, während wieder mehr Umbauleistungen nachgefragt werden dürften. Grösster

Risikofaktor bleibe aktuell die Knappheit bei einigen wichtigen Baumaterialien. Da sich die Situation zuletzt eher noch verschärft habe, dürfte

sich der Trend zu höheren Kosten und Bauverzögerungen vorerst fortsetzen. 5.5

Im 4. Quartal 2021 konnte der Bauindex schliesslich erneut zulegen. Bereinigt um Saison- und Kalendereffekte erwarteten CS und SBV in ihrer Medienmitteilung vom 23. November 2021 ein Umsatzplus von 3.7

% gegenüber dem Vorquartal (Hochbau: +6.0 %, Tiefbau: +1.5 %). Sie hielten fest, dass sich die Umsätze des Bauhauptgewerbes nicht zuletzt aufgrund eines überraschend starken 3.

Quartals vollständig vom pandemiebedingten Rückgang des Vorjahrs erholen dürften. Die starke wirtschaftliche Erholung und die sich abzeichnende Verlängerung des Negativzinsumfelds würden die Baunachfrage ankurbeln. Infrastrukturprojekte im engeren und weiteren Sinn (z.B. Datenzentren, Spitäler und Logistikflächen) würden für den eher rückläufigen Bau von Büro- und Verkaufsflächen in die Bresche springen, Umbau und Renovationsprojekte für den Neubau von Wohnungen. Ein Risikofaktor für die Fortsetzung des Aufschwungs blieben die Lieferengpässe bei Baumaterialien, die teilweise zu

Verzögerungen von Bauprojekten und zu steigenden Baupreisen führten. So sei auch ein Teil des Umsatzzuwachses der Bauteuerung zuzuschreiben und nicht einer höheren Produktion. Mit der konjunkturellen Erholung steigt ausserdem der Personalbedarf, und der bereits bestehende Fachkräftemangel könnte sich weiter akzentuieren. 5.6

Demnach ist dem Beschwerdegegner zu folgen, der

für den strittigen Zeitraum ab Juni 2021 auf eine solide Konjunkturphase in der Baubranche hinweist, die sich alsdann schon seit mehreren Monaten abzeichnete und auch den Hochbau umfasste.

SBV und CS mussten ihre stets zurückhaltenden Prognosen denn auch laufend und massgeblich an die tatsächlichen Entwicklungen anpassen. Auch der vom Beschwerdegegner erwähnte positive Effektiv der Covid-19-Pandemie auf den Wohnbau ist nachvollziehbar (Urk. 2 S. 4 f. ; ergänzend auch Urk. 7/22) .

Mit der Beschwerdeführerin (Urk. 1 Ziff. 14.5) kann zwar festgehalten werden, dass beim Umsatz- und Produktionsanstieg in Industrie und Bau im 2.

Quartal 2021

gemäss Bundesamt für Statistik (BFS) zu berücksichtigen ist, dass die Entwicklung aufgrund der schwachen Ergebnisse der Branche im Vorjahreszeitraum von einem starken Basiseffekt profitierte. Wie aus der von ihr selbst eingereichten Mitteilung des BFS

hervorgeht, erhöhte sich die Produktion im Baugewerbe

aber nicht nur gegenüber dem

2. Quartal 2020 um 6,5 %, wobei der Hochbau um 4,9 % zulegen konnte. Vielmehr war im Baugewerbe auch gegenüber dem 2. Quartal 2019 ein Produktionsanstieg von 1,2 % sowie ein Umsatzplus von 2,9 % zu verzeichnen (vgl. Urk. 3/6).

Es kommt hinzu, dass das als Vorkrisenniveau herangezogene Jahr 2019 ein Rekordjahr war und die Baubranche in der Deutschschweiz von Anfang an nicht im selben Ausmass von der Covid-19-Pandemie betroffen war, wie an anderen Teilen der Schweiz.

Nachdem das Bauhauptgewerbe bereits im 1. Quartal 2021 stark aufgeholt hatte, diese positive Entwicklung im 2. Quartal 2021 – wenn auch in abgeschwächter Form – anhielt und das 3. Quartal 2021 sogar aussergewöhnlich umsatzstark war, wäre es an der Beschwerdeführerin gelegen, konkrete Gründe zu benennen, weshalb sie – wie die von ihr angegebenen Umsätze für die Monate Januar bis Mai 2021 von durchschnittlich Fr. 36'000.-- sowie die von ihr behaupteten Arbeitsausfälle für Juni (64,49 %), Juli (48,11 %) und August 2021 (36,36 %) nahelegen – kaum von dieser eigentlichen «Boomphase» profitierte. Allein die Tatsache, dass ihre Hauptkunden ihr keine Aufträge zuhielten, reicht hierfür nicht aus. 6.

6.1

Soweit es das Verfahren vor der kantonalen Amtsstelle anbelangt, beschloss die Bundesversammlung am 19. März 2021, das am 25. September 2020 in Kraft getretene Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz, SR 818.102) abzuändern. Gemäss Art. 17b Abs. 1 Covid-19-Gesetz (Stand 20. März 2021) war in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG keine Voranmeldefrist für Kurzarbeit einzuhalten. Sodann war die

Voranmeldung zu erneuern, wenn die Kurzarbeit länger als sechs Monate dauert. Für rückwirkende Anpassungen einer bestehenden Voranmeldung war ein entsprechendes Gesuch bis am 30. April 2021 bei der kantonalen Amtsstelle einzureichen. Betriebe, die aufgrund der seit dem 18. Dezember 2020 beschlossenen behördlichen Massnahmen von Kurzarbeit betroffen waren, wurde des Weiteren der Beginn der Kurzarbeit in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG auf Gesuch hin neu rückwirkend auf das Inkrafttreten der entsprechenden Massnahme bewilligt (Art. 17b Abs. 2 Covid-19-Gesetz). Die Gesetzesänderung wurde für dringlich erklärt und am 20. März 2021 Art. 17b Abs. 1 Covid-19-Gesetz rückwirkend auf den 1. September 2020 in Kraft gesetzt. 6.2

Mit der dem angefochtenen Einspracheentscheid (Urk. 2) zugrundeliegenden Verfügung vom 16. September 2021 (Urk. 7/2) zog der Beschwerdegegner seine Verfügung vom 7. Mai 2021 (Urk. 7/26) in Wiedererwägung, mit der er der Beschwerdeführerin gestützt auf die vorstehende Sonderregelung (vgl. Gesuch vom 6. April 2021, Urk. 7/30) die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung vom 14. Mai bis 13. November 2021 bewilligt hatte, und erhob neu für die Zeit ab 1. Juni 2021 Einspruch. 6.3

Wie eingangs erläutert (vgl. E. 1.4), hat die Arbeitslosenkasse

die Akten zur erneuten Überprüfung der kantonalen Amtsstelle zu unterbreiten, wenn sie feststellt, dass die von derselben

zu prüfenden Anspruchsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt sind. Die kantonale Amtsstelle hat ihre «Bewilligung» alsdann anzupassen, soweit sie sich als ursprünglich unrichtig erweist oder diese nicht mehr im Einklang mit der veränderten Sachlage steht.

Angesichts der in E. 5 dargelegten positiven Entwicklungen in der Baubranche seit Ende 2020 bestand bei Erlass der ursprünglichen Verfügung Anfang Mai 2021 offensichtlich kein Grund zur Annahme, die Beschwerdeführerin würde während der bevorstehenden Hochsaison

weiterhin respektive insbesondere noch bis Mitte November 2021 einen anrechenbaren Arbeitsausfall infolge der Covid-19-Pandemie zu gewärtigen haben. Darüber hinaus übertrafen die nach Erlass jener Verfügung eingetretenen Entwicklungen die Erwartungen von SBV und CS deutlich, so dass sie den Bauindex

am Ende des 2. Quartals 2021 massiv nach oben korrigieren mussten. Das 3. Quartal 2021 wurde schliesslich eines der umsatzstärksten seit Jahrzehnten mit einer entsprechend hohen Beschäftigung von Festangestellten. Ergänzend kann festgehalten werden, dass die Berichtigung der ursprünglichen Verfügung angesichts der nur schon für die Monate Juni bis August 2021 in Frage stehenden Leistungen (vgl. Urk. 3/9-11) von erheblicher Bedeutung ist.

Damit erweist sich ein Rückkommen auf die ursprüngliche Verfügung vom 7. Mai 2021 sowohl unter dem Titel der Wiedererwägung, welche der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststellung bei der Würdigung des Sachverhalts (insbesondere bei klarer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes) dient, als auch der Revision (Anpassung an veränderte Verhältnisse) als gerechtfertigt, wobei unerheblich ist, welcher Rechtstitel den Vorrang genießt. 6.4

Nach der Rechtsprechung steht es im angelspezifischer gesetzlicher Vorgaben je weils im Ermessen der Verwaltung

die zeitliche Wirkung eines Rückkommens auf eine rechtskräftige Verfügung festzulegen. Hierfür spricht gemäss Bundesgericht auch die gesetzliche Ordnung, wie sie in Art. 25 ATSG angelegt ist, und letztlich der Durchsetzung des Legalitätsprinzips dienlich. Nach dieser Bestimmung sind un rechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Diese gesetzliche Ordnung kann im Rahmen der Rechtsanwendung auch nicht einfach aus Gründen des Vertrauensschutzes generell übergangen werden. Dies lässt sich gemäss Bundesgericht umso weniger halten, als mit der Möglichkeit des Erlasses (der kumulativen Empfang der Leistung im guten Glauben und das Vorliegen einer grossen Härte voraussetzt) ein gewisses Korrektiv zum Schutz des gutgläubigen Leistungsempfängers besteht

(vgl. dazu im Detail BGE 142 V 259). 6. 5

Greift der Vertrauensschutz schon im Fall bereits ausbezahlter Leistungen nur bedingt, so steht dieser einer rückwirkenden Aufhebung der Verfügung ,

soweit die

Zahlungen faktisch unter Hinweis auf eine nähere Anspruchsprüfung sistiert wurden, umso weniger entgegen. Die Beschwerdeführerin wurde nämlich bereits wenige Tage nach der letzten Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung am 23. Juni 2021 für die Abrechnungsperiode Mai 2021 (Urk. 7/20) und Einreichung des Formulars «Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung» für die Abrechnungsperiode Juni 2021, datiert vom 2. Juli 2021, unter Beilage eines Fragebogens (Urk. 7/24) darüber informiert, dass und weshalb der Arbeitsausfall genauer geprüft würde (vgl. Urk. 7/23, E-Mail vom 7. Juli 2021).

Bei

Art. 36 AVIG handelt es sich nach dem Willen des Gesetzgebers auch nicht um eine Bewilligungsverfahren für jeden Einzelfall. Vielmehr soll dem Beschwerdeführer die Möglichkeit eingeräumt werden, in bestimmten Einzelfällen, d.h. bei Zweifeln am Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen, einschreiten zu können. Die Arbeitslosenkasse ist dementsprechend keineswegs nur mit der Berechnung und Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung befasst. Vielmehr hat sie jeweils selber einen Teil der Anspruchsvoraussetzungen, nämlich die persönliche Anspruchsberechtigung eines Versicherten (Art. 31 Abs. 3 AVIG) und das Vorhandensein eines anrechenbaren Arbeitsausfalls (Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG) , zu prüfen. Gemäss Bundesgericht ist dabei die erste zu nehmende Hürde

beim Beschwerdeführer nicht gewichtiger (vgl. BGE 124 V 75). Der Umstand, dass der Beschwerdeführer vorerst keinen Einspruch erhob, berechtigt die Beschwerdeführerin also noch nicht zur Annahme, ihr werde während der kommenden Monate Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt - insbesondere auch nicht unbeschadet der Entwicklungen des massgeblichen Sachverhalts.

Auf letztgenannten Umstand wurde sie schliesslich nicht erst im Nachhinein aufmerksam gemacht, sondern bereits in der Verfügung vom 7. Mai 2021 explizit und mit hervorgehobenem Text hingewiesen (vgl. Urk. 7/26 S. 2) . Dabei entspricht es auch der langjährigen Verwaltungspraxis (vgl. AVIG-Praxis KAE, G20, in der seit Januar 2014 unverändert bestehenden Fassung) , dass die Arbeitslosenkasse die Akten nochmals dem Beschwerdeführer unterbreitet, wenn sie die Anspruchsvoraussetzungen für nicht (mehr) erfüllt erachtet. Diese Praxis wurde durch Ziff. 2.5 der Weisung Nr. 2021/13 vom 30. Juni

2021 lediglich dahingehend präzisiert, dass

bei ab Juni 2021 angegebenen grösseren Arbeitsausfällen infolge der Covid-19-Pandemie der Sachverhalt genauer geprüft werden muss. Diese allgemeine Anweisung steht offensichtlich im Zusammenhang mit dem Pandemieverlauf bzw. Abbau der behördlichen Massnahmen (vgl. Urk. 7/23 letzte Seite), aber auch von Praktikabilitätsüberlegungen bei hohem Arbeitsaufkommen im Sinne einer effizienten Nutzung der Ressourcen der Verwaltung. Mitnichten wurde durch die insoweit sachlich durchaus gerechtfertigte Priorisierung grösserer Arbeitsausfälle so dann eine erneute Überprüfung bei kleineren Arbeitsausfällen ausgeschlossen. 6.6

Da der Beschwerdeführerin letztlich keine konkreten Leistungen zugesichert wurden, fällt auch eine Übergangsfrist ausser Betracht, um den Angestellten «rechtzeitig» kündigen zu können. Die Beschwerdeführerin darf in Bezug auf das gewöhnliche Betriebsrisiko letztlich nicht bessergestellt werden, nur weil sich dieses während des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung verwirklichte. Versäumte sie es, seit Beginn der Pandemie und bei Ausbleiben der Aufträge trotz Erholung ihrer Branche Massnahmen zur Arbeitsbeschaffung zu ergreifen, hat sie hierfür selbst einzustehen. 7.

Vor diesem Hintergrund ist nicht zu bestanden, dass der Beschwerdegegner mit Verfügung vom 16. September 2021 bzw. Einspracheentscheid vom 10. März 2022 auf seine Verfügung vom 7. Mai 2021 zurückkam und mit Wirkung ab 1. Juni 2021 Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung erhob. Der angefochtene Entscheid erweist sich im Ergebnis folglich als rechtmässig, was zur Abweisung der Beschwerde führt. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Adrian Zogg - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) - seco - Direktion für Arbeit

sowie an: - ALK 01 000 Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich 4.

Gegen diesen Entscheid kann innert

E. 12

Oktober 2021 erhobene (Urk. 7/3) und am 18. November 2021 ergänzte (Urk. 7/5) Einsprache wies das AWA mit Einspracheentscheid Nr. 342392938 vom 10. März 2022 (Urk. 2) ab. 2.

Gegen diesen Entscheid erhob die X.____ GmbH mit Eingabe vom 25. April 2022

(Urk. 1; Beilagen Urk. 3/3-11) Beschwerde und beantragte, dieser sei aufzuheben und es sei das AWA zu verpflichten, die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung gemäss Verfügung vom 7. Mai 2021 zu bewilligen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des AWA (Urk. 1 S. 2). Mit Beschwerdeantwort vom 19. Mai 2022 (Urk. 6) schloss das AWA auf Abweisung der Beschwerde. Dies wurde der X.____ GmbH mit Verfügung vom 30. Mai 2022 (Urk. 8) zur Kenntnis gebracht. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 17

des Covid-19-Gesetzes ermächtigt, in den

aufge listeten Bereichen vom AVIG abweichende Bestimmungen zu erlassen. Von dieser Befugnis hat er mit Erlass der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033) auch Gebrauch gemacht. Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO publizierte diesbezüglich weitergehende Vorgaben für die Verwaltung in den laufend aktualisierten, inzwischen ausser Kraft gesetzten Weisungen « Sonderregelungen aufgrund der Pandemie ». Dabei ist grundsätzlich diejenige Fassung der Weisung mitzubersichtigen, die der Entscheidbehörde im Verfügungszeitpunkt vorgelegen hat. Spätere Ergänzungen können allenfalls in die Entscheidungsfindung einfließen, insbesondere wenn sie Schlüsse zulassen auf eine bereits zuvor gelebte Verwaltungspraxis (vgl. BGE 147 V 278 E. 2.2). Soweit erforderlich wird auf die Besonderheiten im Rahmen der Covid-19-Pandemie in den nachfolgenden Erwägungen detailliert eingegangen. 2.

2.1

Der Beschwerdegegner erwog, die Kurzarbeitsentschädigung sei nicht zur rein finanziellen Unterstützung von Unternehmen gedacht. Damit solle die finanzielle Belastung der Arbeitslosenversicherung

durch Ganzarbeitslose gering und der Produktionsapparat intakt gehalten werden.

Die Beschwerdeführerin habe keine konkreten behördlichen Massnahmen benannt, die sie oder ihre Kundschaft (in) direkt betreffen würden und für die Auftragslage ab Juni 2021 kausal wären. Es sei – bei stets schwankendem Umsatz – auch kein aussergewöhnlicher Umsatzseinbruch infolge von Massnahmen ersichtlich (Urk. 2 S. 3).

Ebenso wenig

liege ein auf andere wirtschaftliche Gründe zurückzuführender, d.h. von der Covid-19-Pandemie unabhängiger, Arbeitsausfall vor. Ein Unternehmen müsse jederzeit damit rechnen, dass selbst langjährige Geschäftspartner Verträge auflösen oder Projekte auf unbestimmte Zeit verschoben würden. Gemäss Rechtsprechung sei dies in der Baubranche nichts Aussergewöhnliches. Dass sich die Beschwerdeführerin aus betriebswirtschaftlichen Gründen bewusst auf zwei Hauptkunden konzentriert habe, sei ein vorhersehbares Klumpenrisiko gewesen. All dies gehöre somit zum normalen Betriebsrisiko (Urk. 2 S. 4).

Die Bau- und Baunebenbranche befände sich in einer soliden Konjunkturphase, wie der Bau Index Schweiz für das 3. Quartal 2021 zeige. Im Wohnungsbau habe es bereits vor dem Krisenjahr eine konjunkturelle Abkühlung gegeben, wobei die pandemiebedingte Nachfrage nach Wohneigentum und grösseren Wohnflächen den absteigenden Trend sogar leicht verzögert habe (Urk. 2 S. 4 f.).

Ende Juni 2021

habe das SECO mit seiner Weisung die Grundlage geschaffen, um die Voraussetzungen zur Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung bei Betrieben mit bestehender Bewilligung im Rahmen der ihnen obliegenden Schadenminderungspflicht in bestimmten Fällen zu überprüfen. Es handle sich auch nur um eine Grundsatzbewilligung, wobei die Plausibilität des Arbeitsausfalls und anderer Anspruchsvoraussetzungen erst nach Ablauf der jeweiligen Abrechnungsperiode überprüfbar seien. Die Befristung mittels Wiedererwägung sei daher gerechtfertigt (Urk. 2 S. 5). 2.2

Die Beschwerdeführerin hielt indessen dafür, der Beschwerd gegner habe ein zu strenge s Beweismass angewendet . Zudem fehle es an den Voraussetzungen für eine Wiedererwägung der Verfügung vom 7. Mai 2021 (Urk. 1 Ziff. 9) , zumal die H ürden hierfür nicht nur hoch seien, sondern der Entscheid auch richtig gewesen sei. Zudem könne e ine neue Weisung eine rechtskräftige Verfügung nicht um stossen , wobei der Schwellenwert eines Arbeitsausfalls von 50 % auch willkürlich gewählt und von ihr in den darauffolgenden Monaten nicht mehr überschritten worden sei (Urk. 1 Ziff. 18.3 und 19-19.3) .

Ihr Arbeitsausfall sei auf das Coronavirus zurückzuführen ; sie habe diesen auch nicht vermeiden könne n (Urk. 1 Ziff. 12). Ein Zusammenhang mit behördlichen Massnahmen sei gar nicht erforderlich (Urk. 1 Ziff. 13). Bedingt durch die Pan demie seien die Aufträge mit den Hauptkunden völlig zusammengebrochen und Aufträge auf unbestimmte Z eit verschoben worden, wie auch ein Vergleich der Umsätze Januar bis Mai der Jahre 2020 und 2021 zeige. Die Umsätze hätten zwar zuvor auch geschwankt; m it Ausbruch der Pandemie seien diese aber tief geblie ben. Gemäss Baumeisterverband

s ei der U msatz im Jahr 2020 im Bauhauptge werbe um 5,8 % und im Wohnungsbau so gar um 16 % zurückgegangen . A uch im Jahr 2021 befinde sich dieser noch deutlich unter dem Niveau des Jahres 2019. Das Maler- und Gipsergewerbe sei dabei im Hochbau anzusiedeln, wobei sie selbst – was der B eschwerdegegner nicht abgeklärt habe – nicht nur im Bereich Woh nungen täti g sei. Der Umsatz erhole sich ferner nicht von heute auf m orge n. Irrelevant sei die Erholung der Wirtschaft an sich; andernfalls alle Gesuche ab gewürgt werden könnten. Der Arbeitsausfall könne folglich nicht dem normalen Betriebs risi ko (Urk. 1 Ziff. 14.1- 9 und 16) oder Klumpenrisiko zugeschrieben wer den. G rund für die Kundenentscheide sei das Coronavirus gewesen. Zudem habe die überwiegende Mehrheit der Unternehmen in der Branche der Beschwerdefüh rerin in etwa ihre Grösse und sei auf grosse Unternehmen, welche die Aufträge in Unterakkordanz vergebe n würden , angewiesen. Würde man mit vielen Unter nehmen zusammenarbeiten, müsste man oft Aufträge ablehnen und würde des halb keine mehr bekommen (Urk. 1 Ziff. 15-15.3 .1) .

Schliesslich habe sie im Vertrauen auf die Bewilligung keine Entlassungen vor genommen und Löhne zahlen müssen. Zumindest dieser Schaden sei aus dem Vertrauensgrundsatz zu ersetzen (Urk. 1 Ziff. 20-20.3). 3. 3.1

Wie in der Botschaft zum Covid-19-Gesetz vom 12. August 2020 (BBl 2020 2068 S. 6563 ff.) in Ziff. 2.3.8 ausgeführt wird, besteht der Sinn und Zweck der Kurz arbeits entschädigung nicht in der Existenzsicherung des Betriebs bzw. der De ckung von Umsatz- oder Betriebseinbussen, sondern im Erhalt von Arbeits plätzen durch die Verhinderung von kurzfristig aufgrund des Arbeitsrückgangs ausge sprochenen Kündigungen. 3 .2

Nach den Weisungen des SECO « Sonderr egelungen 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 e 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 Bst. a AVIG anrechenbar.

Die Arbeitgeber mussten allerdings glaubhaft darlegen, inwiefern die Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen waren (Weisung Nr. 2020/01 des SECO vom 10. März 2020, S. 3). Während zu Beginn der blosser Hinweis auf die Pandemie noch als ausreichende Begründung betrachtet wurde (Weisung Nr. 2020/6 vom 9. April 2020, S. 5), galt dies im hier interessierenden Zeitraum ab Juni 2021 nicht mehr (Weisung Nr. 2021/13 vom 30. Juni 2021 und Nr. 2021/16 vom 1. Oktober 2021, jeweils S. 10).

Sofern ein Betrieb ab Juni 2021 weiterhin einen Arbeitsausfall von über 50 % geltend machte, musste er dies gegenüber der Arbeitslosenkasse begründen und mit plausiblen betrieblichen Unterlagen untermauern. Nicht plausibilisierte Abrechnungen über dem Schwellenwert hatte die Arbeitslosenkasse der kantonalen Amtsstelle zur Prüfung zu unterbreiten. Dauerbezügler sollten – ab sofort – insbesondere 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 vorlagen, die auf die Pandemie bzw. damit verbundene behördliche Massnahmen zurückzuführen waren und der Arbeitsausfall weiterhin als vorübergehend betrachtet wurde und erwartet werden durfte, dass durch Kurzarbeitsentschädigung Arbeitsplätze erhalten werden könnten (vgl. Ziff. 2.5 der obgenannten Weisungen Nr. 2021/13 und 2021/16). 3.3

Durch die Behörden ergriffene Massnahmen im Zusammenhang mit der Pandemie sind gemäss den obgenannten Weisungen also ebenfalls als aussergewöhnliche Umstände zu betrachten, so dass Arbeitsausfälle aufgrund solcher Massnahmen unter die Sonderregelung nach Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV fallen (Weisung Nr. 2021/13 vom 30. Juni 2021 und Nr. 2021/16 vom 1. Oktober 2021, jeweils S. 11). Mit der schrittweisen Lockerung entfiel allerdings für die betroffenen Betriebe in den meisten Fällen die behördliche Massnahme als Begründung. Der Betrieb musste als Ausdruck der Schadenminderungspflicht grundsätzlich wiederaufgenommen werden, sobald dies erlaubt war (Weisung Nr. 2020/10 vom 22. Juli 2020, S. 9; vgl. zum Ganzen auch Urteil des Bundesgerichts 8C_555/2021 vom 24. November 2021 E. 3.3.1). 4.

E. 020

von ca. Fr. 65'000.-- und

von Januar bis Mai 2021 von ca. Fr. 36'000.--. Dazu ist festzuhalten, dass nur vereinzelte Monate als besonders umsatzstark respektive umsatzschwach auffallen, wobei weder klare saisonale Schwankungen noch ein

genereller Bezug zu den behördlichen Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie zu erkennen sind. Dass ihre Arbeit ab Juni 2021 noch in irgendeiner Form durch behördliche Massnahmen beeinträchtigt war, wurde seitens der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht.

Zudem führte sie selbst aus, dass die Umsätze letztlich sehr stark davon abhängen würden, wie viel der Auftraggeber bereit sei, pro Quadratmeter zu bezahlen (vgl. Urk. 1 Ziff. 14.3).

E. 25

(November 2022). Soweit nicht anders angegeben, sind die nachfolgend zitierten Dokumente dort abrufbar.

Wie sich aus E. 2 ergibt, sind sich die Parteien dabei uneins, auf welche Kennzahlen abzustellen ist. Zur Ausgangslage ist zudem festzuhalten, dass das Bauhauptgewerbe im Jahr 2019 mit Fr. 20.7 Mrd. einen sehr hohen Umsatz erzielte. Im Jahr des Corona-Ausbruchs sank dieser um 5.8 %, wobei insbesondere der Hochbau litt. Gemäss Angaben des SBV hatte sich der Rückgang im Wohnungsbau bereits früher abgezeichnet, auch wenn das Ausmass von -16 % überraschte. Der Wirtschaftsbau war mit -5 % belastet (vgl. Broschüre «Zahlen und Fakten 2021», S. 8, einschliesslich der Umsätze ab dem Jahr 2010). 5.2

Gemäss der SBV-Quartalerhebung

(abrufbar in der Rubrik Baukonjunktur), publiziert am 25. Mai 2021,

konnten die Unternehmen den Umsatz im Bauhauptgewerbe im 1. Quartal 2021 gegenüber dem Vorjahresquartal um 5.9 % auf beinahe Fr. 5 Mrd. steigern. Der Wohnungsbau habe im letzten Jahr einen Boden gebildet und sei den Erwartungen entsprechend um 2

% gewachsen. Allerdings habe die Corona-Pandemie bereits ab dem 1. Quartal 2020 die Bauaktivitäten stark eingeschränkt.

In den Sparten Wohnungs- und Wirtschaftsbau sei der Auftragseingang letztes Jahr rückläufig gewesen. Ein Grossteil der Schweizer Wirtschaftsunternehmen blicke mittlerweile optimistischer in die Zukunft, so dass der Auftragseingang im Bauhauptgewerbe um 14

% auf Fr.

E. 30

Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich
Der Vorsitzende
Die Gerichtsschreiberin
VogelBonetti

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.