

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00178 vom 30. September 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-09-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2022.00178](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00178)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00178 du 30 septembre 2022

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00178 del 30 settembre 2022

## Erwägungen

### E. 1

Dezember 2021 bis 28. Februar 2022 für den Gesamtbetrieb der

Z.\_\_\_\_

beziehungsweise für 6 Beschäftigte ein (Urk. 7/27) . Mit Verfügung vom 20. Dezember 2021 (Urk. 7/26) bewilligte das AWA das Gesuch um Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung für sämtliche Arbeitnehmende der Z.\_\_\_\_ für die Zeit vom 1. Dezember 2021 bis 28. Februar 2022, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien.

### E. 1.1

Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn 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 Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung, AVIG ). 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

8C\_549/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.2 und C 279/05 vom 2. November 2006 E. 1, je mit Hinweisen).

Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art.

33 Abs.

1 lit. b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (BGE 121 V 371 E. 2a, 119 V 357 E. 1a, je mit Hinweisen). Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall,

wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen, andere übliche Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a 2. Satzteil AVIG; ARV 2004 Nr. 5 S. 58 E. 2.1).

### **E. 1.2**

Mit dem normalen Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a 2. Satzteil AVIG sind die «gewöhnlichen» Arbeitsausfälle 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 Betriebs-tätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen (BGE 138 V 333 E.

4.2.2 mit Hinweisen).

### **E. 1.3**

Gemäss Art. 51 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) sind Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder wenn er keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann. Der Bundesrat hat in Art.

51 Abs. 2 AVIV einen Katalog derartiger Arbeitsausfälle aufgestellt. Die Aufzählung ist nicht abschliessend (BGE 128 V 305 E. 4).

Art. 51 Abs. 1 AVIV stützt sich auf Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG, wonach Arbeitsausfälle nur anrechenbar sind, wenn sie unvermeidbar sind. Nach der Rechtsprechung gelten sodann die Einschränkungen von Art. 33 AVIG sowohl für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles aus wirtschaftlichen Gründen als auch zu Folge eines unter Art. 32 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 51 AVIV fallenden Sachverhaltes (BGE 128 V 305 E. 4 und 121 V 374).

Gemäss Art. 33 Abs. 1 AVIG ist ein Arbeitsausfall nicht anrechenbar, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen wie Reinigungs-, Reparatur- oder Unterhaltsarbeiten sowie andere übliche und wiederkehrende Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (lit. a), wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (lit. b), soweit er auf Feiertage fällt, durch Betriebsferien verursacht oder nur für ein zehne Tage unmittelbar vor oder nach Feiertagen oder Betriebsferien geltend gemacht wird (lit. c), wenn der Arbeitnehmer mit der Kurzarbeit nicht einverstanden ist und deshalb nach Arbeitsvertrag entlohnt werden muss (lit. d), soweit er Personen betrifft, die in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer, einem Lehrverhältnis oder im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit stehen (lit. e) oder

wenn er durch eine kollektive Arbeitsstreitigkeit im Betrieb verursacht wird, in dem der Versicherte arbeitet (lit. f).

#### **E. 1.4**

Beabsichtigt ein Arbeitgeber, für seine Arbeitnehmerinnen und 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 (Art. 36 Abs. 1 AVIG). Er hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und die Voranmeldefrist für Kurzarbeit auf ausnahmsweise drei Tage festgesetzt für Fälle, in denen der Arbeitgeber nachweist, dass die Kurzarbeit wegen plötzlich eintretender Umstände, die nicht voraussehbar waren, eingeführt werden muss (Art. 58 Abs. 1 AVIV). Hängt die Arbeitsmöglichkeit in einem Betrieb vom täglichen Auftragseingang ab und ist es nicht möglich, auf Lager zu arbeiten, so kann Kurzarbeit bis vor ihrem Beginn, allenfalls auch telefonisch, vorangemeldet werden. Der Arbeitgeber muss die telefonische Voranmeldung unverzüglich schriftlich bestätigen (Art. 58 Abs. 2 AVIV). Diese für bestimmte Ausnahmefälle vorgesehene Regelung der verkürzten Voranmeldefristen für Kurzarbeit gemäss den erwähnten Verordnungsbestimmungen erweist sich als sachlich gerechtfertigt und ist gesetzmässig (BGE 111 V 261 E. 1 mit Hinweisen).

Es handelt sich bei der Voranmeldefrist um eine Verwirkungsfrist ( BGE 148 V

102 E. 3.1 und 110 V 334 E. 3d). Hat der Arbeitgeber die Kurzarbeit ohne entschuldigen Grund verspätet angemeldet, so wird der Arbeitsausfall erst anrechenbar, wenn die für die Meldung vorgeschriebene Frist abgelaufen ist (Art. 58 Abs. 4 AVIV). Der Arbeitgeber hat die Kurzarbeit auf dem Formular des SECO zu melden (Art. 59 Abs. 2 AVIV).

#### **E. 1.5**

Wie in der Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (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 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 Weisungen des Staatssekretariates für Wirtschaft und Arbeit ( SECO )

zu den « Sonderregelungen aufgrund der Pandemie » kann eine Pandemie aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinn von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG betrachtet werden, selbst wenn unter Umständen jeder Arbeitgeber davon betroffen sein kann. Demnach sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 Bst. a AVIG anrechenbar. Die Arbeitgeber müssen allerdings glaubhaft darlegen, inwiefern die Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind (Weisung Nr.

2020/01 des SECO vom 10. März 2020, S. 3 ; vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_555/2021 vom 24. November 2021 E. 3.3.1 ).

#### **E. 1.6**

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).

### E. 1.7

), war mit einer deutlichen Steigerung der Nachfrage nach Leistungen der Gastronomie zu rechnen, was sich wie dargetan in der Umsatzliste der Z.\_\_\_\_ (Urk. 3/6) ab März 2022 denn auch widerspiegelt.

### 3.3

Gemäss der Konjunkturmfrage Gastgewerbe der Konjunkturforschungsstelle (KOF) der ETH und der GastroSuisse, hätten die Umsätze der Restaurationsbetriebe im 1. Quartal des Jahres 2022 im Vergleich zum 1. Quartal 2021 um 78 % zugenommen. Zudem habe die Nachfrage in der Gastronomie seit Beginn des Jahres 2022 bei fast drei Fünftel der Betriebe zugenommen. Dieser Trend setzte sich auch im zweiten Quartal des Jahres 2022 fort (<https://gastro.suisse.ch/de/branchenwissen/zahlen-und-trends/konjunkturkof>). 3.4

Damit übereinstimmend ging auch das SECO davon aus, dass die Erholung im Gastgewerbe

im 4. Quartal des Jahres 2021

unterbrochen wurde, und dass die Wertschöpfung merklich zurück gegangen sei, weil die Mitte September 2021 auf gastronomische

Betriebe ausgeweitete Zertifikatspflicht, das

Auftreten der hoch ansteckenden Omikron-Variante im

Dezember und die damit einhergehende verstärkte

Homeoffice-Empfehlung beziehungsweise -Pflicht sowie die 2-G-Regel

(Zugang nur für geimpfte und genesene Personen) auf der Geschäftstätigkeit der

Gastronomie gelastet hätten (Konjunkturtendenzen SECO Frühjahr 2022 ;

[www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen\\_Dienstleistungen](http://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen)). Auch das AWA ging im Zürcher Wirtschaftsmonitoring vom März 2022 ([www.zh.ch/de/wirtschaft-arbeit/zuercher-wirtschaftszahlen/wirtschaftsmonitoring](http://www.zh.ch/de/wirtschaft-arbeit/zuercher-wirtschaftszahlen/wirtschaftsmonitoring)) davon

aus, dass sich die Geschäftslage im Gastgewerbe des Kantons Zürich zu Beginn des Jahres 2022 zwar wieder

verschlechtert habe, dass nach Aufhebung der meisten Corona-Massnahmen jedoch bald wieder mit einer Aufwärtsbewegung zu rechnen sei. 3.5

Gemäss der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) des Bundesamtes für Statistik (BFS) hat der Anteil der Erwerbstätigen (ohne Lernende), die zumindest gelegentlich im Rahmen des Homeoffice beziehungsweise der Teleheimarbeit von zu Hause aus erwerbstätig waren von 24.6 % im Jahre 2019 auf 39.6 % im Jahre 2021 stark zugenommen, wobei der

Anteil an Teleheimarbeit insbesondere pandemiebedingt signifikant an gestiegen ist. Gemäss dem BFS wird sich erst nach der (Pandemie-) Krise zeigen, inwieweit die Erfahrungen mit der Teleheimarbeit in den Jahren 2020 und 2021 den allgemeinen Teleheimarbeitstrend beeinflusst haben (Teleheimarbeit; SAKE, Tabellen Indikator 30902; www.bfs.admin.ch). Auch wenn gegenwärtig noch keine genügende statistische Grundlage zur Beantwortung der Frage besteht, ob es beim deutlichen Anstieg der Teleheimarbeit während der Zeit der Covid-19 Pandemie zu einer bleibenden deutlichen und bleibenden Veränderung in der Erwerbswelt gekommen ist oder nicht (vgl. auch: «Bis 2050 könnten 40 Prozent der Erwerbstätigen im Homeoffice arbeiten», in: Die Volkswirtschaft 1-2/2022), liegen gewichtige Anhaltspunkte dafür vor, dass sich die in den letzten zwanzig Jahren zu beobachtende Tendenz einer graduellen Zunahme der Teleheimarbeit (vgl. Teleheimarbeit; SAKE, Tabellen Indikator 30902; www.bfs.admin.ch) infolge der Pandemie dauerhaft und bleibend verstärkt hat. Es ist sodann nicht auszuschliessen, dass die Veränderungen in der Erwerbswelt mit einer Zunahme der Teleheimarbeit auch im Gastronomiebereich zu einer Veränderung des Konsumverhaltens beziehungsweise zu einem dauerhaften Rückgang der Nachfrage nach gastronomischen Dienstleistungen geführt haben könnten. 4. 4.1

Nach Gesagtem steht daher einerseits fest, dass nach der Aufhebung fast sämtlicher behördlicher Massnahmen zur Eindämmung der Pandemie am 17. Februar 2022 die Umsätze der Z.\_\_\_\_ ab März 2022 im Vergleich zu denjenigen, welche sie im Januar und Februar 2022 erzielte hatte, deutlich angestiegen waren.

Zudem ist sowohl gemäss der Konjunkturumfrage Gastgewerbe der Konjunkturforschungsstelle (KOF) der ETH und der GastroSuisse (vorstehend E.

3.3) als auch gemäss dem SECO und dem Zürcher Wirtschaftsmonitoring vom März 2022 (vorstehend E. 3.4) davon auszugehen, dass es im fraglichen Zeitraum vom März bis August 2022 zu einer deutlichen Erholung im Gastgewerbe sowie zu einer deutlichen Zunahme der Umsätze der Restaurantsbetriebe sowohl insgesamt in der Schweiz als auch im Kanton Zürich gekommen ist. Andererseits steht fest, dass die Beschwerdeführerin erst seit August 2021 und somit erst seit einem Zeitpunkt, als die behördlichen Massnahmen zur Eindämmung der Pandemie

bereits in Kraft waren, Betreiberin der Z.\_\_\_\_ ist. Mithin ist nicht auszuschliessen, dass es infolge der Veränderung in der Betreiberschaft beziehungsweise der damit verbundenen betrieblichen Veränderungen zu einer Änderung des gastronomischen Angebots der Z.\_\_\_\_

und anschliessend zu einer Veränderung der Nachfrage im Hinblick auf die von dieser angebotenen gastronomischen

Dienstleistungen gekommen ist. 4.2

In Würdigung der gesamten Umstände vermag die Beschwerdeführerin nicht glaubhaft darzulegen, dass der für die Zeit von März bis August 2022 geltend gemachte Arbeitsausfall bei der Z.\_\_\_\_

auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen war. Mit Blick auf die erwähnten Gründe handelt es sich bei den geltend gemachten Arbeitsausfällen

daher nicht um aussergewöhnliche, pandemiebedingte beziehungsweise wirtschaftliche Umstände, welche über das hinausgehen, was zum normalen Betriebsrisiko gehört. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die

geltend gemachten Arbeitsausfälle auf Gründe zurückzuführen waren, die zum üblichen Betriebsrisiko gehören. Dazu gehören insbesondere all fällige betriebsorganisatorische Gründe

im Rahmen der Übernahme des Betriebs der Z.\_\_\_\_

durch die Beschwerdeführerin im August 2021 sowie allenfalls nicht pandemiebedingte, gesellschaftliche Veränderungen, welche zu branchenüblichen Veränderungen des Konsumverhaltens geführt haben könnten. 4.3

Unter diesen Umständen ist daher nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdegegner einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung für die Z.\_\_\_\_

in der Zeit vom 1. März bis 31. August 2022 verneinte, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Florian Stebler - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) - seco - Direktion für Arbeit sowie an: - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich, Zürcherstrasse 8, 8400 Winterthur 4.

Gegen diesen Entscheid kann innert 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 Der Gerichtsschreiber VogelVolz

## **E. 5**

Beschäftigte mit dem Hinweis auf die «unsichere Corona Lage und die hohen Fallzahlen» beim AWA ein (Urk. 7/1).

Da gegen erhob das AWA mit Verfügung vom

## **E. 8**

April 2022 Einspruch, weil nach Aufhebung fast sämtlicher behördlicher Massnahmen zur Eindämmung der Covid-19 - Pandemie der geltend gemachte Arbeitsausfall nicht ausserordentlich oder aussergewöhnlich sei, sondern dem normalen Betriebsrisiko zuzuordnen und als branchen-, betriebs- und berufsüblich zu qualifizieren sei, weshalb er nicht anrechenbar sei (Urk. 7/5 S. 3). Die von der X.\_\_\_\_ GmbH am 18. Mai 2022 dagegen erhobene Einsprache (Urk. 7/6) wies das AWA mit Entscheid vom 31.

Mai 2022 (Urk. 7/11 = Urk. 2) ab. 2.

Gegen den Einspracheentscheid vom 31. Mai 2022 (Urk. 2) erhob die X.\_\_\_\_ GmbH am 27. Juni 2022 Beschwerde und beantragte die Ausrichtung von Kurz arbeitsentschädigung für die Zeit vom 15. März bis 31. August 2022; eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an das AWA zurückzuweisen (Urk. 1 S. 2 ). Mit Beschwerdeantwort vom 14. Juli 2022 beantragte das AWA die Abweisung der Beschwerde (Urk. 6 ), wovon der Beschwerdeführerin am 25. Juli 2022 Kenntnis gegeben wurde (Urk. 8 ). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

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