

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00194 vom 2. November 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-11-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2022.00194](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00194)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00194 du 2 novembre 2022

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00194 del 2 novembre 2022

## Erwägungen

### E. 1

Nachdem der X.\_\_\_\_ GmbH bereit s für die Zeit von 22. Dezember 2020 bis 21. März 2022 im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie Kurzarbeits entschädigung ausgerichtet worden war (Urk. 2 S. 2 , Urk. 16/13 ), reichte sie am 29. März 2022 eine neue Voranmeldung für Kurzarbeit für die Zeit vom 22. März bis zum 22.

September 2022 für den Gesamtbetrieb

ein mit der Begründung, noch immer scheuten viele Kunden

den Gang ins F itnessstudio; zudem arbeite ein Teil der Kunden dauerhaft im Homeoffice, weshalb sie ihr Abonnement gekündigt hätten (Urk. 16/2). Mit gleichentags ergangenen E-Mail-Schreiben wurde die X.\_\_\_\_ GmbH zur Beantwortung von Fragen und zur Einreichung weiterer Unterlagen aufgefordert (Urk. 16/4), welcher Aufforderung sie mit E-Mail vom 18. April 2022 nachkam (Urk. 16/5). Mit Verfügung vo m 22. April 2022 lehnte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) das Gesuch ab und erteilte keine Bewilligung für die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung (Urk. 16/7). Die dagegen am 23. Mai 2022 erhobene Einsprache (Urk. 16/8) wies das AWA mit Entscheid vom 7. Juli 2022 ab (Urk. 2 [Urk. 16/12]).

### E. 1.1

Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn der Arbeitsausfall anre chenbar 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 Insolvenzenschädigung, 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 struktu relle 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**

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 gegen teilige Schlussfolgerung zulassen (BGE 121 V 371 E. 2a). Die Anspruchsvoraussetzung des voraussichtlich vorübergehenden Arbeitsausfalles und der Eignung von Kurzarbeit zur Erhaltung der Arbeitsplätze gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG beurteilt sich prospektiv vom Zeitpunkt der Voranmeldung aus und aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie beim Erlass des Einspracheentscheids bestanden haben (vgl. BGE 121 V 371 E. 2a sowie Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 3. Auflage, Basel 2015, S. 2407 f. Rz 472 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.

### **E. 1.4**

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. 1.5**

Mit der schrittweisen Lockerung der Massnahmen entfiel für die betroffenen Betriebe in den meisten Fällen die behördliche Massnahme als Begründung für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, so dass der Betrieb grundsätzlich wiederaufgenommen werden musste, sobald dies erlaubt war (Weisung 2020/10 vom 22. Juli 2020, S. 9). Am 16. Februar 2022 beschloss der Bundesrat, dass ab dem 17. Februar fast alle Massnahmen aufgehoben werden. Es waren dies die Maskenpflicht in Läden und in Innenbereichen von Restaurants sowie von öffentlich zugänglichen Einrichtungen, Betrieben und Veranstaltungen; die Maskenpflicht am Arbeitsplatz; die Zugangsbeschränkungen mittels Zertifikat zu Einrichtungen und Betrieben wie Kinos, Theatern und Innenbereichen von Restaurants sowie bei Veranstaltungen; die Bewilligungspflicht für Grossveranstaltungen; die Einschränkungen privater Treffen. Aufgehoben wurde auch die Home-Office-Empfehlung des Bundesamtes für Gesundheit ( BAG ). Per 1. April 2022 wurden die letzten Massnahmen in der Covid-19-Verordnung besondere Lage aufgehoben ( die Isolationspflicht für infizierte Personen sowie die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen ; vgl.

Covid-19-Verordnung 3, SR. 818.101.24 ; Änderung vom 16. Februar 2022 und Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR. 818.101.26 ; Änderung vom 16. Februar 2022).

### **E. 2**

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

Gemäss Art. 33 Abs. 1 AVIG ist ein Arbeitsausfall unter anderem dann nicht anrechenbar, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird ( lit . b ) .

#### **E. 2.1**

Der Beschwerdegegner hielt im angefochtenen Entscheid insbesondere dafür, angesichts der ab dem 20. Dezember 2021 bestehenden Zertifikats- und Masken tragepflicht sei es nachvollziehbar, dass für Kunden eines Fitnesscenters dessen Besuch bis Anfang des Jahres 2022 wenig attraktiv gewesen sei , und es schein e daher plausibel, dass Anfang des Jahres wegen der Unsicherheiten aufgrund der Omikron-Variante viele Kunden auf den Kauf beziehungsweise auf die Verlängerung eines Fitness-Abos verzichtet hätten. Nachdem jedoch am 3. Februar die Kontaktquarantäne und ab dem 17. Februar 2022 alle übrigen Massnahmen aufgehoben worden seien sowie am 1. April 2022 die Rückkehr in die normale Lage erfolgt sei, könne ab dem Voranmeldedatum des 29. März 2022 nicht mehr von substantiellen Einschränkungen durch das Auftreten der Pandemie respektive durch behördliche Massnahmen gesprochen werden. Im Übrigen könne es nicht Aufgabe der

Arbeitslosenversicherung sein, Arbeitsstellen zu erhalten, die darauf ausgerichtet seien, dass die potentiellen Kunden von Fitnesscentren womöglich irgendwann wieder ins Büro zurückkehrten, zumal sich der Trend zu Homeoffice voraussichtlich fortsetzen werde (Urk. 2).

### **E. 2.2**

Dem hielt die Beschwerdeführerin entgegen, wenn auch die Massnahmen zur Bekämpfung der Pandemie am 17. Februar 2022 aufgehoben worden seien, so habe dies noch nicht zu einem bezifferbaren Aufschwung in der Branche der Fitnessbetriebe geführt. Aufgrund der aktuell noch immer sehr hohen Fallzahlen scheuten weiterhin viele Kunden den Gang ins Fitnesscenter. Sodann sei die Mehrheit der Mitarbeiter der umliegenden Firmen weiterhin im Homeoffice tätig. Ein Teil der Kunden habe bereits die Kündigung des Abonnements beantragt, weil sie dauerhaft im Jahr 2022 im Homeoffice verbleiben würden. Schliesslich fehlten auch dem kleinen, betriebseigenen Café aus denselben Gründen die Kundschaft. Im Übrigen sei die Unternehmung zwar am 5. Februar 2018 gegründet worden, der Mietvertrag für ein Fitness-Studio sei aber erst am 1. März 2020 unterzeichnet worden und der definitive Start nach Innenausbau und Einrichtung sei am 28. September 2020 erfolgt. Damit habe die X.\_\_\_\_ GmbH bloss vom 28. September bis zum 21. Dezember 2020, mithin während 12 Wochen, Neukunden gewinnen und Umsatz generieren können. Nachdem normalerweise Oktober bis März die branchengerichteten Haupteinnahmezeiten bildeten, sei davon auszugehen, dass erst ab Herbst 2022 allmählich ein normaler Betrieb möglich sei, womit bis zu diesem Zeitpunkt ein wesentlich geringerer Personalbedarf bestehe (Urk. 1).

### **E. 3**

Zustellung gegen Empfangsschein an: - IG Treuhand & Beratungen GmbH - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) - seco - Direktion für Arbeit sowie an: - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich ALK 01 000

#### **E. 3.1**

Strittig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin respektive ihre Arbeitnehmenden unter dem Gesichtspunkt der Anrechnung der Arbeitslosigkeit ab dem 29. März 2022 die Anspruchsvoraussetzungen zur Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung erfüllen, wobei sich die Anspruchsvoraussetzung des voraussichtlich vorübergehenden Arbeitsausfalles und der Eignung von Kurzarbeit zur Erhaltung der Arbeitsplätze prospektiv vom Zeitpunkt der Voranmeldung aus beurteilt (E. 1.2).

#### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin blendet nicht aus, dass per 17. Februar 2022 die im Rahmen der Covid-19-Pandemie ergriffenen - für Fitnesscenter einschränkenden Massnahmen (2G, Maskentragepflicht) weggefallen sind. Dennoch begründet sie den von ihr erwarteten Arbeitsausfall für den Zeitraum vom 21. März bis zum 21. September 2022 schergewichtig mit diesen zur Bekämpfung der Pandemie angeordneten, inzwischen aber aufgehobenen Massnahmen. Konkrete Gründe, welche einen auf behördliche Massnahmen zurückzuführenden oder anderweitigen, vom Arbeitgeber nicht zu vertretenden Arbeitsausfall als glaubhaft erscheinen liessen, legt sie nicht dar. Die von ihr behauptete Angst der (potentiellen) Kunden vor einer Ansteckung mit dem Corona-Virus vermag dafür

ebenso wenig zu genügen, wie der blosser Hinweis auf eine weiterhin andauernde Tätigkeit eines Teils der Kundschaft im Home office. Darin kann jedenfalls kein Grund erkannt werden, welcher es rechtfertigen würde Kurzarbeitsentschädigung auszurichten, dient diese doch dem Erhalt von Arbeitsplätzen durch die Verhinderung von kurzfristig aufgrund des Arbeitsrückgangs ausgesprochenen Kündigungen und nicht der Existenzsicherung eines Betriebs beziehungsweise der Deckung von Umsatz- oder Betriebseinbussen (E. 1.4). Vielmehr scheinen

die von der Beschwerdeführerin genannten Aspekte

einem Strukturwandel geschuldet zu sein, was nicht auf einen vorübergehenden Arbeitsausfall schliessen lässt. Mit der Aufhebung der meisten Corona-Massnahmen war denn gegenteils mit einer Aufwärtsbewegung zu rechnen (vgl. etwa AWA, Zürcher Wirtschaftsmonitoring, Einschätzungen und Prognosen, März 2022, S. 3), was sich beispielsweise in der Gastronomiebranche niederschlug (vgl. Konjunktur/KOF der Gastrosuisse, wonach das Gastgewerbe im 2022 auf ein gutes 2. Quartal zurückblicken kann und die Mehrheit der Betriebe eine Verbesserung ihrer Geschäftslage im Vergleich zum Vorquartal berichtet habe,

<https://gastrosuisse.ch/de/branchenwissen/zahlen-und-trends/konjunkturkof>, besucht am 28. Oktober 2022).

Schliesslich verzeichnete auch die Fitnessbranche eine - zumindest leichte - Erholung (vgl. dazu den Bericht der Interessengemeinschaft Fitness Schweiz, Ergebnisse - Eckdaten der Schweizer Fitness-Wirtschaft 2022, gemäss welchem die Corona-Krise die Branche zwar hart getroffen hat, von Ende 2021 bis zum Ende des ersten Quartals 2022 jedoch ein Plus von 2.2 % zu verzeichnen war und im Befragungszeitraum von März bis 23. Mai 2022 sich 60 % der Anbieter als wirtschaftlich auf Kurs betrachteten :

<https://ig-fitness-schweiz.ch/2022/09/06/ergebnisse-eckdaten-der-schweizer-fitness-wirtschaft-2022>, besucht am 28. Oktober 2022).

### **E. 3.3**

Es kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerin das Fitnesscenter erst im September 2020 eröffnete. Mithin befand sie sich am Anfang des Unternehmensaufbaus, weshalb einem unbefriedigenden Geschäftsverlauf nichts Ungewöhnliches anhaftet, hatte die Beschwerdeführerin doch erst den Beweis dafür zu erbringen, dass ihr Konzept erfolgreich umsetzbar ist (Standort, Zeitpunkt Markteintritt, Anzahl Mitarbeiter, Angebot etc.). Mit anderen Worten ist nicht auszuschliessen, dass der von der Beschwerdeführerin behauptete Umsatzrückgang auf betriebliche oder organisatorische Gründe, die zum normalen Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin gehören, zurückzuführen ist, zumal Vergleichszahlen zufolge erst vor kurzer Zeit erfolgter Geschäftsaufnahme fehlen.

Endlich ist hervorzuheben, dass die Beschwerdeführerin selber ausführte, der Hauptumsatz werde generell in den Monaten Oktober bis März erwirtschaftet, während es im Sommer eher ruhig sei und daher wenig Neukunden zu gewinnen seien (Urk. 16/4 S. 2). Ein anrechenbarer Arbeitsausfall entfiel damit zufolge Branchenüblichkeit ohnehin (E. 1.1).

### **E. 3.4**

Die Beschwerdeführerin muss sich ferner auch den Vorwurf gefallen lassen, nicht dargelegt zu haben, inwiefern sie ihrer im Sozialversicherungsrecht als allgemeiner Grundsatz geltenden Schadenminderungspflicht (BGE 141 V 642 E. 4.3.2) nachgekommen ist.

Nachdem die Situation rund um Covid-19 die Bevölkerung und auch die Wirtschaft bereits ab März 2020 begleitet hat, war damit zu rechnen, dass diese Lage noch länger den Alltag und die Arbeitswelt bestimmen würde. Die Unternehmungen standen daher in der Pflicht, Vorkehrungen zu treffen, um allfällig weiteren Arbeitsausfall zu vermeiden (E . 1.3). Dass die Beschwerdeführerin diesbezügliche Anstrengungen unternommen hätte, macht sie weder geltend, noch lassen sich hierfür Anhaltspunkte in den Akten finden.

### **E. 3.5**

Zusammenfassend ist nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin einen von der Pandemie oder den behördlichen Massnahmen beziehungsweise durch anderweitige zu berücksichtigende wirtschaftliche Gründe verursachten, unvermeidbaren Arbeitsausfall als nicht glaubhaft gemacht erachtet hat.

Diese Erwägungen führen zur Abweisung der Beschwerde. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos.

### **E. 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  
Die Gerichtsschreiberin  
Vogel Muraro

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