

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00200**

## **vom 2. November 2022**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-11-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2022.00200](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00200)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00200 du 2 novembre 2022

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00200 del 2 novembre 2022

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

1.%2 Die

Y.\_\_\_\_ GmbH übernahm per November 2020 den Betrieb der X.\_\_\_\_

in Z.\_\_\_\_ ( Urk. 6/9, 6/44), welche aufgrund der behörd lichen Massnahmen infolge der Covid-19 - Pandemie erstmals am 23. März 2020 beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) eine Voranmeldung von Kurzarbeit eingereicht hatte (Urk. 6/51) . Nachdem der X.\_\_\_\_

Kurzarbeitsent schädigung ausgerichtet worden war (vgl. Entschädigungsübersicht Urk. 6/23, 6/27), reichte

die Y.\_\_\_\_ GmbH am 1. Januar 2022 ( Urk. 6/1) erneut eine Voranmeldung von Kurzarbeit a b dem 1. Januar 2022 bis am 30. Juni 2022 für den Gesamtbetrieb der X.\_\_\_\_

bei einem voraussichtlichen prozentualen Arbeitsausfall von 60 % pro Monat ein (Urk. 6/2). Mit Verfügung vom 18. Januar 2022 bewilligte das AWA die vorangemeldete Kurzarbeit für die Zeit vom 1. Januar 2022 bis 3 0. Juni 2022, sofern die übrigen Anspruchsvoraus setzungen erfüllt seien (Urk. 6/8).

#### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 Abs. 1 lit . b und d des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) haben Arbeit nehmerinnen und Arbeit nehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruc h auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können. Voraussetzung für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles ist, dass er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und un vermeidbar 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**

Nach Art. 32 Abs. 3 AVIG regelt der Bundesrat für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die auf behördliche Massnahmen, auf wetterbedingte Kundenausfälle oder auf andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind. Er kann für diese Fälle längere Karenzfristen vorsehen und bestimmen, dass der Arbeitsausfall nur bei vollständiger Einstellung oder erheblicher Einschränkung des Betriebes anrechenbar ist.

Gestützt auf diese Delegationsnorm legte der Bundesrat fest, dass Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, anrechenbar sind, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftliche tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (Art. 51 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIV). In Art. 51 Abs. 2 AVIV stellte er sodann einen nicht abschliessenden Katalog derartiger Arbeitsausfälle auf.

Nach der Rechtsprechung gelten die Einschränkungen von Art. 33 AVIG sodann nicht nur für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls aus wirtschaftlichen Gründen, sondern auch zufolge eines unter Art. 32 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 51 AVIV fallenden Sachverhalts (BGE 128 V 305 E. 4b, 121 V 374 E. 2). 1.

### **E. 1.6.1**

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 voran melden. Der Bundesrat kann für Ausnahmefälle kürzere Voranmeldefristen vor sehen. 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 Ausmass und voraussichtliche Dauer der Kurzarbeit angeben (Art. 36 Abs. 2 lit . b AVIG) sowie die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründen und anhand der durch den Bundes rat bestimmten Unterlagen glaubhaft machen, dass die Anspruchsvorausset zungen nach den Artikeln 31 Abs. 1 und 32 Abs. 1 lit . a AVIG erfüllt sind. Die kantonale Amtsstelle kann weitere zur Prüfung nö tige Unterlagen einverlan gen (Art. 36 Abs. 3 AVIG). Die kantonale Amtsstelle prüft, ob die An spruchs voraus setzungen glaubhaft gemacht worden sind und die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründet ist. Hält sie eine oder mehrere An spruchsvoraussetzungen für nicht erfüllt, erhebt sie durch Verfügung Einspruch gegen die Auszahlung der Entschä digung (Art. 36 Abs. 4 Satz 1 AVIG).

### **E. 1.6.2**

Gemäss Art. 38 Abs. 1 AVIG muss der Arbeitgeber den Entschädigungsanspruch seiner Arbeitnehmer 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, Arbeits losenversicherung, 3. Auflage, Basel 2016, Rz . 525, S. 2424 f.). Falls die Kasse feststellt, dass die von der kantonalen Amtsstelle zu prüfenden Anspruchsvoraus setzungen 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 An spruchs voraus setzungen für die Bewilligung von Kurzarbeit nicht mehr erfüllt sind, beispielsweise wegen zwischenzeitlicher Aufhebung von behördlichen Massnah men 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 heraus stellt, dass die Bewilligung der Kurzarbeit von Anfang mangels erfüllter Anspruchsvoraussetzungen von Beginn an zu Unrecht erteilt wurde, hat sie die ursprüngliche Verfügung in Anwendung von Art. 53 Abs. 2 ATSG wiedererwä gungsweise aufzuheben und nach Art. 36 Abs. 4 AVIG Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung mit Wirkung ex nunc et pro futuro zu erheben (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 8C\_474/2021 vom 19. Oktober 2021). 2.

### **E. 2**

Dagegen erhob A.\_\_\_\_, einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer der Y.\_\_\_\_ GmbH (vgl. Auszug aus dem Handelsregister: abrufbar unter [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), letztmals abgerufen am 27. September 2022), am 31. Juli 2022 Beschwerde mit dem

sinngemässen Antrag, der Einspracheentscheid vom 6. Juli 2022 sei aufzuheben und es sei Kurzarbeitsentschädigung für die Monate März bis Mai 2022 auszurichten (Urk. 1 S. 2). Mit Beschwerdeantwort vom 8. August 2022 schloss der Beschwerdegegner auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 5), worüber die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 11.

August 2022 in Kenntnis gesetzt wurde (Urk. 7).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdegegner verneinte einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung im angefochtenen Entscheid im Wesentlichen mit der Begründung, Anfang des Jahres 2022 seien Öffnungsschritte erfolgt und ab dem 3. Februar 2022 sei die Kontaktquarantäne sowie ab dem 17. Februar 2022 die übrigen Corona-Massnahmen – ausser der Isolation positiv getesteter Personen sowie die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen – aufgehoben worden. Am 1. April 2022 sei die Rückkehr in die normale Lage erfolgt und alle Corona-Massnahmen, auch die Isolationspflicht, seien beendet worden. Es könne für den relevanten Beurteilungszeitraum nicht mehr von substantiellen Einschränkungen durch das Auftreten der Pandemie beziehungsweise der behördlichen Massnahmen gesprochen werden. Bars, Restaurants und Clubs hätten bereits ab dem 17. Februar 2022 wieder vorbehaltlos aufgesucht werden können. Es sei ihre Aufgabe, fortlaufend zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Bewilligung von Kurzarbeit noch gegeben seien. Vorliegend habe im Zeitpunkt des Erlasses der wiedererwägungsweise aufgehobenen Verfügung vom 18. Januar 2022 noch nicht abgesehen werden können, dass der Bundesrat die Corona-Massnahmen im Wesentlichen per 17. Februar 2022 aufheben würde. Zudem liege es in der Natur der Sache, dass die Bewilligung zur Kurzarbeit auf die Zukunft hin im Rahmen einer «Grundsatzbewilligung» erteilt werde. Die Überprüfung der Plausibilität des anrechenbaren Arbeitsausfalles sowie von anderen Anspruchsvoraussetzungen sei grundsätzlich erst nach Ablauf der betreffenden Abrechnungsperiode und der Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung mittels Abrechnungsformularen möglich. Die Beschwerdegegnerin habe nicht glaubhaft dargelegt, dass der von ihr geltend gemachte Arbeitsausfall (weiterhin) auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen sei. Der Arbeitsausfall sei nicht beziehungsweise nicht mehr als ausserordentlich oder aussergewöhnlich zu bewerten, sondern sei dem normalen Betriebsrisiko zuzuordnen beziehungsweise sei branchen-, betriebs- oder berufsüblich und daher nicht anrechenbar (Urk. 2 S. 3 f.).

### **E. 2.2**

Demgegenüber brachte die Beschwerdeführerin vor, es sei nicht auf das Wachstum der Gesamtwirtschaft, sondern spezifisch auf die Wachstumsszahlen der Gastgewerbebetriebe abzustellen. Es sei lediglich relevant, dass die Zahlen in Gastgewerbebetrieben sich im negativen Bereich befinden würden. Im Einspracheentscheid sei ausgeführt worden, dass sich die Gastgewerbebetriebe noch nicht erholt hätten. Das Konsumverhalten der Kunden hänge von der Pandemie ab. Sie hätten Massnahmen entwickeln müssen, um die Kunden zurückzugewinnen und zudem das Personal vollzeitig beschäftigen müssen. Um diese Massnahmen umsetzen zu können, seien weitere Investitionen notwendig gewesen, womit das Budget zusätzlich belastet worden sei. Die rückwirkende Verweigerung der Auszahlung sei drei Monate später erfolgt, als der Einsatzplan des Personals bereits umgesetzt worden

war . Der Entscheid führe dazu, dass die entstandenen Ausfälle von ihr selbst bezahlt werden mü ssten und der Umsetzungsplan, zur Rückgewinnung der Kunden, aufgrund der Budgetbelastung dem Scheitern überlassen werde . Aufgrund der Verfügung vom 18. Januar 2022 sei eine Gegenmassnahme entwickelt worden, um die Kunden zurück zu gewinnen und diese sei bereits finanziert worden. Der Einsatzplan im Juni 2022 sei mi t sehr geringem Ausfall umgesetzt worden, weshalb kein Anspruch auf die Auszahlung geltend gemacht werde (Urk. 1). 3.

### **E. 3**

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

#### **E. 3.1**

Ob der Beschwerdegegner die Verfügung vom 18. Januar 2022, mit welcher für die Zeit vom 1. Januar 2022 bis 30. Juni 2022 Kurzarbeit bewilligt worden war, wiedererwägungsweise im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG aufheben musste oder bloss ab dem Zeitpunkt der Sachverhaltsänderung abzuändern gehabt hätte, kann offenbleiben, da ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung in beiden Fällen - wie im Folgenden zu zeigen ist - spätestens ab 1. März 2022 zu verneinen ist. 3. 2

##### 3. 2 .1

Ende Juni 2021 wies das Seco die kantonalen Amtsstellen an, die Voraussetzun gen zur Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung bei Betrieben, die über eine bestehende Bewilligung verfügen und ab Juni 2021 weiterhin einen Arbeitsaus fall von über 50 % geltend machen, in bestimmten Fällen zu überprüfen (vgl. Ziff. 2.5 der Weisung «Sonderregelungen aufgrund der Pandemie» 2021/13 und 2021/16). Diese Weisung war im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 18. Januar 2022 gültig. 3.2.2

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 2 2. Juli 2020, S. 9). A m 1 6. Februar 2022 beschloss der Bundesrat sodann , dass ab dem 1 7. Februar 2022 fast alle Massnahmen aufgehoben werden. Es waren dies die Maskenpflicht in Läden und in Innenbereichen von Restaurants sowie von öffentlich zugänglichen Einrichtungen, Betrieben und Veranstaltun gen; die Maskenpflicht am Arbeitsplatz; die Zugangsbeschränkungen mittels Zertifikat zu Einrichtungen und Betrieben wie Kinos, Theatern und Innen bereichen 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 ) . Bis Ende März 2022 mussten sich positiv getestete Personen weiterhin während mindestens fünf Tagen in Isolation begeben, zum anderen wurde die Masken pflicht im öffentlichen Verkehr sowie in Gesundheitseinrichtungen beibehalten. Per 1. April 2022 wurden die letzten Massnahmen in der Covid-19-Verordnung besondere Lage aufgehoben (di e Isolationspflicht für infizierte Personen sowie die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen ; vgl. Covid-19-Verordnung 3, SR. 818.101.24 ; Änderung vom 1 6. Februar 2022 und Covid-1 9-Verordnung besondere Lage; SR. 818.101.26 ; Änderung vom 1 6. Februar 2022).

### **E. 3.3**

.1

Gemäss Angaben im Formular zur Voranmeldung von Kurzarbeit vom 23. April 2020 waren im Betrieb der X.\_\_\_\_ zwei Mitarbeitende unbefristet und sechs befristet angestellt gewesen. Sodann geht daraus hervor, dass Kurzarbeit im Gesamtbetrieb eingeführt wurde und der voraussichtliche Arbeitsausfall pro Monat bei 100 % liege (Urk. 6/51). Am 4. November 2020 wurde eine Verlängerung der Bewilligung zur Kurzarbeit beantragt und angegeben, der Personenbestand liege insgesamt bei zehn Personen; es bestehe kein Arbeitsverhältnis auf Abruf. Die voraussichtliche Dauer der Kurzarbeit wurde vom 1. November bis 31. Dezember 2020 und der prozentuale Arbeitsausfall pro Monat auf 70 % angegeben (Urk. 6/46). Mit erneuter Voranmeldung von Kurzarbeit vom 9. Februar 2021 wurde ausgeführt, es werde Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb für insgesamt zehn Personen beantragt. Aus dem Formular geht hervor, dass die Arbeitnehmenden auf Abruf angestellt waren und neun von der Kurzarbeit betroffen seien. Der prozentuale Arbeitsausfall wurde mit 100 % beziffert (Urk. 6/40). Am 23. August 2021 beantragte der Betrieb erneut die Verlängerung der Kurzarbeit für insgesamt zehn betroffene Arbeitnehmende und einem voraussichtlichen Arbeitsausfall von 65%. Aus dem aktualisierten Organigramm geht hervor, dass neben dem Geschäftsführer und dem früheren Besitzer der X.\_\_\_\_ weitere Pianisten, Sänger sowie Entertainerinnen/Tänzerinnen beschäftigt waren (Urk. 6/32; vgl. auch E-Mail vom 12. September 2021, Urk. 6/31).

Aus der beigelegten Aufstellung der Umsatzzahlen ab der Betriebsübernahme im November 2020 geht hervor, dass im November 2020 ein Umsatz in Höhe von Fr. 26'830.-- und im Dezember 2020 ein solcher von Fr. 16'780.-- erzielt worden war. In den Monaten Januar bis Mai 2021 konnte kein Umsatz generiert werden (Urk. 6/5).

In den Monaten Juni 2021 bis Dezember 2021 wurde insgesamt ein Umsatz von Fr. 259'137.-- genannt (Juni 2021: Fr. 40'439.--; Juli 2021: Fr. 37'172.--; August 2021: Fr. 34'502.--; September 2021: Fr. 29'644.--; Oktober 2021: Fr. 43'662.--; November 2021: Fr. 44'071.--; Dezember 2021: Fr. 29'647.--; Durchschnitt über die sieben Monate: Fr. 37'019.--; vgl. Urk. 6/11).

Von Januar bis März 2022 bezifferte sich der Gesamtumsatz auf Fr. 112'214.-- (Januar 2022: Fr. 32'836.--; Februar 2022: Fr. 40'953.--; März 2022: Fr. 38'425.--; Durchschnitt über die drei Monate: Fr. 37'404.--; vgl. Urk. 6/11).

### **E. 3.3.3**

Im Verwaltungsverfahren teilte die Beschwerdeführerin mit Begleitschreiben zum Formular zur Voranmeldung von Kurzarbeit vom 27. Dezember 2021 sodann mit, sie habe die X.\_\_\_\_ in Z.\_\_\_\_ per 1. November 2020 übernommen. Das Personalkonzept bestehe darin, dass monatlich zwischen zehn und 15 Personen, bestehend aus Geschäftsleitung, Servicepersonal, Musikanten, Sänger sowie Tänzer und Artisten beschäftigt würden. Der Personalbestand variere zwischen zehn und 15 Personen. Je nach Geschäftsverlauf und der Qualitätsnachfrage der Sänger, Pianisten sowie Tänzer würden diese entweder mittels Meldeverfahren ausgewechselt werden oder es seien feste Arbeitsverträge abgeschlossen worden. Die Übernahme während der Lockdowns

und die erschwerten Regeln für Kunden hätten die Kundenbesuche negativ beeinflusst. Ohne die Bewilligung der Kurzarbeit seien die Lohnkosten nicht tragbar. Aufgrund der

Pandemie hätten sie keine Aufträge erhalten, um weitere Artisten einzustellen. Sie seien auf tägliche Kundenbesuche angewiesen gewesen. Aufgrund der Zahlen der Infizierten sei nicht davon auszugehen, dass die Kundenbesuche im nächsten Jahr steigen würden. Ohne Bewilligung der Kurzarbeitsentschädigung sei die Überlebenschance der X. \_\_\_ gering. Um das Geschäft trotz Pandemie aufrecht erhalten zu können, sei das Personal um ein Drittel reduziert worden (Urk. 6/3). Im «Fragebogen für Arbeitsausfälle von mehr als 50 % ab der Abrechnungsperiode Juni 2021» vom 2. April 2022 führte die Beschwerdeführerin aus, der Betrieb sei geöffnet, die Umsatzzahlen würden hingegen zeigen, dass das Kundenverhalten aufgrund der frühen Schliessungsstunden und des Lockdowns gestört sei. Sie sei überzeugt, dass sich die Umsatzzahlen im Sommer verbessern würden (Urk. 6/12).

#### **E. 3.3.4**

In der Einsprache vom 27. Juni 2022 brachte die Beschwerdeführerin insbesondere vor, es seien neue Massnahmen ergriffen worden, welche beginnend per 1. August 2022 den Umsatz verbessern sollten. Es sei eine neue Website entwickelt worden, womit mittels Online- und Messenger-Werbungen neue Kunden gewonnen werden sollten. Während der Pandemie seien ausserdem verschiedene Kalkulationen vorgenommen und Tests durchgeführt worden. Per 1. August 2022 seien mit dem Personal umsatzbezogene Arbeitsverträge vereinbart worden und es werde ein neues Getränkeprodukt eingeführt, um den Umsatz zu steigern (Urk. 6/18).

#### **E. 3.4.1**

Mit Verfügung vom 3. Juni 2022 wurde die Verfügung vom 18. Januar 2022 in Wiedererwägung gezogen, das Gesuch teilweise bewilligt und vom 1. Januar bis 28. Februar 2022 die Bewilligung zur Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung erteilt – sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien; ab 1. März 2022 wurde gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung Einspruch erhoben (Urk. 6/17). Der Beschwerdegegner begründete seinen Einspracheentscheid

damit, dass fortlaufend überprüft werden müsse, ob die Voraussetzungen für die Bewilligung von Kurzarbeit noch gegeben seien. Im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 18. Januar 2022 sei noch nicht absehbar gewesen, dass der Bundesrat die Corona-Massnahmen im Wesentlichen per 17. Februar 2022 aufheben werde (Urk. 2 S. 3 f.). Dies trifft zwar zu, jedoch kann aufgrund der späteren Aufhebung der Massnahmen durch den Bundesrat nicht darauf geschlossen werden, dass die Verfügung vom 18. Januar 2022 von Beginn weg – aufgrund einer prospektiven Beurteilung – zweifellos unrichtig war. Vielmehr ist aufgrund der veränderten Verhältnisse anzunehmen, dass ab dem Zeitpunkt der Aufhebung der Massnahmen ein Arbeitsausfall nicht mehr auf die Pandemie zurückgeführt werden konnte (vgl. dazu oben E. 1.6.2 und 3.1). Im vorliegenden Fall ist zudem zu beachten, dass Gesuchsteller

bereits vor der Aufhebung der Massnahmen glaubhaft zu machen hatten, dass der geltend gemachte Arbeitsausfall nicht branchen-, berufs- oder betriebsüblich war oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wurde (vgl. E. 1.1).

#### **E. 3.4.2**

Sowohl der auf wirtschaftliche Gründe als auch auf behördliche Massnahmen zurückzuführende Arbeitsausfall muss unvermeidbar sein (vgl. Art. 51 Abs. 1 AVIV). Der Arbeitgeber muss alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitsausfälle zu vermeiden oder zu

vermindern. Es handelt sich hierbei um die gesetzlich umschriebene Schadenverhütungs- und Schadenminderungspflicht. Mit der Schadenminderungspflicht nicht vereinbar ist insbesondere, wenn neue Stellen geschaffen werden, obwohl kein entsprechender Bedarf besteht beziehungsweise der Betrieb weiterhin einen Arbeitsausfall verzeichnet. Das Ziel von Kurzarbeitsentschädigung ist der Erhalt von Arbeitsplätzen und nicht die Finanzierung neu geschaffener Stellen (AVIG-Praxis KAE, C3 ff.). Den Akten ist zu entnehmen, dass im Jahr 2020 lediglich zwei Mitarbeiter in einem unbefristeten Anstellungsverhältnis angestellt waren. Erst im Jahr 2021 wurden weitere Arbeitnehmende unbefristet angestellt, obwohl der Arbeitgeber weiterhin einen Arbeitsausfall geltend macht (vgl. E. 3.3.1). Die Beschwerdeführerin ist damit ein Risiko eingegangen, welches ihr selbst anzurechnen ist und welches vermeidbar gewesen wäre. Der Betrieb hätte durchaus auch mit

befristet angestellten Arbeitnehmenden sichergestellt werden können. Der Beschwerdeführerin ist daher entgegen zu halten, dass sie im Sinne von zumutbaren Vorkehrungen die Arbeitspensen in den neuen Arbeitsverträgen situationsgerecht hätte festlegen können, wie beispielsweise mit Anstellungen im Stundenlohn oder mit neuen Anstellungen vorerst hätte zuwarten können. Des Weiteren ist nicht nachvollziehbar, dass ein Barbetrieb Sänger und Entertainer in einem unbefristeten Arbeitsvertrag anstellt. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, sie habe in Online- und Messenger-Werbung investiert, ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Massnahmen geeignet wären, um die Kurzarbeit zu vermeiden. Die Umsatzzahlen zeigen zudem, dass der Betrieb seit der Öffnung im Juni 2021 keine gravierenden Einbußen verzeichnet hatte (vgl. E. 3.3.2). Mithin ist nicht ersichtlich, inwieweit vorliegend überhaupt ein – namentlich unvermeidbarer – Arbeitsausfall bestehen soll. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch daran zu erinnern, dass Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung nicht in der Existenzsicherung des Betriebs beziehungsweise der Deckung von Umsatz- oder Betriebseinbußen besteht. Vielmehr bezweckt die Kurzarbeitsentschädigung den Erhalt von Arbeitsplätzen durch die Verhinderung von kurzfristig aufgrund des Arbeitsrückgangs ausgesprochenen Kündigungen (vgl. Botschaft vom 12. August 2020 zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie, Covid-19-Gesetz, BBl 2020 2068, 6563 ff., Ziff. 2.3.8, vgl. auch BGE 147 V 359 E. 4.6.3), weshalb ein effektiver Arbeitsausfall vorausgesetzt ist. In Würdigung der gesamten Umstände vermag die Beschwerdeführerin nicht glaubhaft darzulegen, dass der für die Zeit von Januar bis Juni 2022 geltend gemachte Arbeitsausfall auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen war. Mit Blick auf die erwähnten Gründe handelt es sich bei den geltend gemachten Arbeitsausfällen nicht um aussergewöhnliche, pandemiebedingte Umstände, welche über das hinausgingen, was zum normalen Betriebsrisiko gehört. Vorliegend ist auch zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin den Betrieb der X.\_\_\_\_ im November 2020 aufgenommen hatte, nachdem bereits Einschränkungen durch die Pandemie bestanden. Mithin ging sie bereits ein erhebliches Betriebsrisiko ein, als sie den Betrieb dieser Bar aufnahm. Betriebsorganisatorische Gründe im Rahmen der Übernahme des Betriebs der X.\_\_\_\_ im November 2020 sowie allenfalls nicht pandemiebedingte, gesellschaftliche Veränderungen, welche zu branchenüblichen Veränderungen des Konsumverhaltens geführt haben könnten, gehören daher zum üblichen Betriebsrisiko.

Zusammenfassend ist mit Blick auf die geschilderte Sach- und Rechtslage festzuhalten, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelungen ist, ab dem 1. März 2022 einen

anrechenbaren Arbeitsausfall glaubhaft zu machen. Der Beschwerdegegner ist daher zu Recht auf die ursprünglich mit Verfügung vom 18. Januar 2022 erteilte Bewilligung zurückgekommen und hat ab 1. März 2022 Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung erhoben. 4.

Der angefochtene Einspracheentscheid vom

#### **E. 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).

Sofern ein Betrieb ab Juni 2021 weiterhin einen Arbeitsausfall von über 50 % geltend macht, so muss er dies gegenüber der Arbeitslosenkasse begründen und mit plausiblen betrieblichen Unterlagen untermauern. Nicht plausibilisierte Abrechnungen über dem Schwellenwert hat die Arbeitslosenkasse der kantonalen Amtsstelle zur Prüfung zu unterbreiten. Dauerbezüger sollen insbesondere angehalten werden, zum Nachweis der Plausibilität der geltend gemachten Arbeitsausfälle darzulegen, dass die auf die wirtschaftlichen Gründe zurückzuführenden Arbeitsausfälle weiterhin unvermeidbar sind, noch immer Arbeitsausfälle vorliegen, die auf die Pandemie beziehungsweise damit verbundene behördliche Massnahmen zurückzuführen sind und der Arbeitsausfall weiterhin als vorübergehend betrachtet wird und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeitsentschädigung Arbeitsplätze erhalten werden können (vgl. Ziff. 2.5 der Weisung 2021/13 und 2021/16). 1.

#### **E. 5**

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. 6**

. Juli 2022 (Urk. 2) erweist sich im Ergebnis folglich als rechtens, was zur Abweisung der Beschwerde führt. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.\_\_\_\_ - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) - seco - Direktion für Arbeit sowie an: - Arbeitslosenkasse des Kanton Zürich 01 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  
Sherif

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