

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00248 vom 31. Januar 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-01-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00248

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00248 du 31 janvier 2023

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00248 del 31 gennaio 2023

Erwägungen

E. 1

9. Juli 2022 (Eingang sdatum) eine Voranmeldung von Kurzarbeit aufgrund der behördlichen Massnahmen infolge der Covid-19-Pandemie beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) für die Zeit ab dem 7 . August 2022 für den Gesamtbetrieb (15 Mitarbeitende) bei einem voraussicht lichen pr ozentualen Arbeitsausfall von 45 % ein (Urk.

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 Beschäftigungs schwankungen verursacht wird (Art.

33 Abs.

1 lit . b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeits - entschädigung ausschliessen (BGE 121 V 371 E. 2a, 119 V 357 E. 1a, je mit Hin - wei sen). Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er durch betriebs organisatorische 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

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). 1.4

Gemäss Art. 32 Abs. 3 AVIG regelt der Bundesrat für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die auf behördliche Massnahmen, auf wetterbedingte Kundenausfälle oder auf andere vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen sind. Er kann für die Fälle von Absatz 2 abweichende längere Karenzfristen vorsehen und bestimmen, dass der Arbeitsausfall nur bei vollständiger Einstellung oder erheblicher Einschränkung des Betriebes anrechenbar ist.

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

E. 6

).

Dennoch begründet die Beschwerdeführerin ihren Arbeitsausfall für die Zeit vom 7. August bis 31. Dezember 2022 hauptsächlich 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 älterer Generation vor einer Ansteckung mit dem Corona-Virus vermag dafür ebenso wenig zu genügen wie der blosser Hinweis auf das Ausweichen auf Monatsabos eines Teils der Kundschaft. 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. 1.5). Den Mitgliederzahlen der Beschwerdeführerin ist darüber hinaus zu entnehmen, dass sich diese insbesondere seit April 2022 - also seit Ende der Massnahmen - stark positiv entwickelt haben. Waren es im März 2022 noch 566 Mitglieder, so waren es im Juni 2022 bereits 593 Mitglieder (Urk. 3/1 S. 5), was einer Zunahme von fast 5% in drei Monaten entspricht. Im Vergleich dazu waren es im Dezember 2019 (vor der Corona-Pandemie) 609 Mitglieder (Urk. 3/1 S. 2). Daraus folgt, dass die Beschwerdeführerin im Juni 2022 nahezu auf demselben Mitgliederlevel wie vor der Pandemie war.

Diese positive Entwicklung wird auch in

einer repräsentativen quantitativen Studie der Interessengemeinschaft Fitness Schweiz aufgegriffen (vgl. <https://swissactive.ch/2022/09/06/ergebnisse-eckdaten-der-schweizer-fitness-wirtschaft-2022/>, zuletzt besucht am 27. Januar 2023). Demnach wurde nach Wegfall der Beschränkungen wieder häufiger trainiert. « Wichtige Kennzahlen entwickeln sich wieder positiv – ein klares Indiz dafür, dass die Menschen wieder trainieren wollen » (a.a.O.). Somit verzeichnet die Fitnessbranche eine zumindest leichte Erholung. 3.3

Das Argument der Beschwerdeführerin, die Statistik der Mitgliederzahlen würde auch solche Kundinnen und Kunden beinhalten, welche eine kostenlose Zeitschrift von fünf Monaten erhalten hätten, kann für den hier relevanten Zeitraum ab 7. August 2022 nicht nachvollzogen werden, da die Massnahmen des Bundesrates bereits am

1. April 2022 weggefallen sind und somit die gutgeschriebenen fünf Monate spätestens Ende August 2022 abgelaufen wären. Die Mitgliederzahlen waren im Juni 2022 (593,

Urk. 3/1 S. 5) noch auf hohem Niveau. Die Beschwerde der Führerin macht nicht geltend, dass die Mitgliederzahlen danach pandemiebedingt abgenommen hätten, und ein solcher Rückgang ergibt sich auch nicht aus den Unterlagen. Ganz im Gegenteil geht aus den Umsatzzahlen (Urk. 6/5) hervor, dass im ersten Halbjahr 2022 die Umsätze um 71.87 % stiegen im Vergleich zum ersten Halbjahr 2021.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass gemäss den von ihr eingereichten Jahresrechnungen, insbesondere jener per 28. Februar 2022, eine missliche finanzielle Lage mit drohender Überschuldung hervorgeht. Bereits Ende 2021 resultierte ein Verlust von Fr. 197'333.76, wodurch das im Vorjahr noch intakte Eigenkapital vollständig aufgebraucht war. Die Überschuldung konnte laut Angaben der Beschwerdeführerin nur durch die Covid-Kredite von Fr. 118'000.-- und durch ein Aktionärsdarlehen von Fr. 60'008.01 verhindert werden. Der Verwaltungsrat ging davon aus, dass durch die Staatshilfe auch im Jahr 2022 (Härtefall und Kurzarbeitsentschädigung) der Verlust in Grenzen gehalten werden könne, wodurch keine Überschuldung entstehen sollte (Urk. 3/3/13). Dabei verkennt die Beschwerdeführerin, dass es nicht Aufgabe der Kurzarbeitsentschädigung ist, die Existenz des Betriebs zu sichern beziehungsweise Umsatz- oder Betriebseinbussen zu decken, sondern Arbeitsplätze zu erhalten durch die Verhinderung von kurzfristig aufgrund des Arbeitsrückgangs ausgesprochenen Kündigungen (BGE 147 V 359 E. 4.6.3). Mit Blick auf den Zwischenabschluss per 28. Februar 2022 (Urk. 3/3/15-22) fällt zudem auf, dass sich die finanzielle Situation nochmals verschlechtert hat und eine Überschuldung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR)

im Raum stand (Jahresverlust per 28. Februar 2022 Fr. 103'647.99 [S. 22], Verlustvortrag von Fr. 188'277.36 bei einem Fremdkapital von Fr. 598'694.-- [ohne Covid-Kredite und Darlehen der Aktionärin ;

S. 17] gegenüber

Aktiven von Fr. 767'399.05 [S. 16]). 3.4

Zudem hat sich die Beschwerdeführerin ferner auch den Vorwurf entgegen halten zu lassen, nicht substantiiert 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. 1.4). Dass die Beschwerdeführerin diesbezügliche Anstrengungen, wie etwa die

Optimierung des eigenen Angebots anhand der Nachfrage oder Bemühungen zur Erweiterung des Kundensegments

unternommen hätte, macht sie weder substantiiert geltend, noch lassen sich hierfür Anhaltspunkte in den Akten finden. Sie erwähnt einzig Massnahmen zur Kosteneinsparung

eingeleitet zu haben (Urk. 1 S. 3), nicht aber zur Beseitigung des Arbeitsausfalls. Diesbezüglich wurde lediglich erwähnt, dass sie die medizinischen und

physiotherapeutischen Dienstleistungen « pushen » würde, was aber gemäss Jahresrechnung 2021 nur 3.7 %

(Vorjahr 3.7 %)

und per Februar 2022 noch 3.4 % des Ertrages ausmachte (Urk. 3/3 S. 6 und S. 18) . 3 .5

Zusammenfassend ist nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdegegner einen von der Pandemie oder den behördlichen Massnahmen beziehungsweise durch anderweitige zu berücksichtigende wirtschaftliche Gründe verursachten unvermeidbaren Arbeitsausfall als nicht glaubhaft gemacht erachtet hat. Das führt zur Abweisung der Beschwerde. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X. ___ AG - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)
- seco - Direktion für Arbeit sowie an: - Unia

Arbeitslosenkasse ALK 60 732 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 1 5. Juli bis und mit 1 5. August sowie vom 1 8. 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 Gräub Langone

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