

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00274 vom 11. Mai 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-05-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2022.00274](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00274)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00274 du 11 mai 2023

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00274 del 11 maggio 2023

## Erwägungen

### E. 1

Am

#### E. 1.1

Gemäss Art. 31 Abs. 1 lit . b und d des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch 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 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).

#### E. 1.2

Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, 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 (Art. 33 Abs. 1 lit . a 2. Satzteil AVIG; ARV 2004 Nr. 5 S. 58 E. 2.1) . Unter das normale Betriebsrisiko fallen

Arbeitsausfälle, die üblich und vorhersehbar sind, regel mässig und wiederholt auftreten und deshalb kalkulatorisch erfassbar sind (AVIG-Praxis KAE, Rz . D2). Was noch als «normal» gelten soll, darf nach der Rechtsprechung nicht nach einem für alle Unternehmensarten allgemeingültigen Massstab bemessen werden, sondern ist in jedem Einzelfall aufgrund der mit der spezifischen Betriebstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen. Arbeitsausfälle, die jeden Arbeitgeber treffen können, gehören zum normalen Betriebsrisiko. Lediglich wenn sie für den betroffenen Betrieb ausser ordentlicher Natur sind, sind sie anrechenbar (AVIG-Praxis KAE, Rz . D3). 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 der Einsprache entscheidend 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. 1.4**

### **1. 4 .1**

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. 1. 4 .2

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

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. 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 Bundesrat bestimmten Unterlagen glaubhaft machen, dass die Anspruchsvoraussetzungen nach den Artikeln 31 Abs. 1 und 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). 1. 6

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, in wie fern die Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind (Urteil des Bundesgerichts 8C\_555/2021 vom 24. November 2021 E. 3.3.1 mit Hinweis auf Weisung Nr.

2020/01 des SECO vom 10. März 2020, S. 3 ; vgl. auch Weisung Nr. 2021/16 des SECO vom 1. Oktober 2021, S. 10 ). 1.

### **E. 1.8**

Das Gericht kann die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen, besonders wenn mit dem angefochtenen Entscheid nicht auf die Sache eingetreten oder der Sachverhalt ungenügend festgestellt wurde (§ 26 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer ). 2.

### **E. 2**

1. September 2021 (Eingangsdatum) reichte die Restaurant X.\_\_\_\_ GmbH beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (AWA) für die Zeit vom

1

### **E. 2.1**

vorstehend), greift dies zu kurz. Vielmehr spricht ein im dritten Quartal 2021 stark angestiegener Umsatz dafür, dass ein allfälliger Umsatzrückgang im vierten Quartal 2021 auf einen Pandemie-bedingten Arbeitsausfall zurück zu führen wäre , selbst wenn ein solcher im Zeitpunkt der Voranmeldung im September 2021 noch nicht ausgewiesen war oder sein konnte. Im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung am 4.

November 2021 (Urk. 8/1) und umso mehr bei Erlass des Einspracheentscheids

am

### **E. 2.2**

Dagegen wandte die Beschwerdeführerin zusammenfassend ein ( Urk. 1), seit der Zertifizierungspflicht generiere sie deutlich weniger Umsatz. Vergleiche man die Umsatzzahlen von Oktober und November 2019 mit denen von November 2020 und November 2021, so würden keine Zweifel bestehen, dass die Geschäftstätigkeit infolge Corona und der Corona-Massnahmen stark zurückgegangen sei. Aufgrund des massiven Rückgangs an Zahlen und Gästen habe dem Personal viel weniger Arbeit zugewiesen werden können. Mitarbeiterinnen hätten wieder nach Hause geschickt werden müssen. Vorliegend sei ein Umsatzrückgang von rund 60 % im Vergleich zur Periode vor der Pandemie zu verzeichnen. Der Umsatz sei so stark zurückgegangen, dass auch die geleisteten Arbeitsstunden um deutlich mehr als 10 % hätten gesenkt werden müssen. Die Voraussetzungen für die Gewährung der Kurzarbeitsentschädigung seien somit erfüllt. Aus der nun vorliegenden Buchhaltung sei der Umsatzrückgang ebenfalls ersichtlich . 3.

3.1

Strittig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin in der Zeitperiode vom 1

#### **E. 7**

. September bis 31.

Dezember 2021 ( Urk. 2 ). Der Mitberücksichtigung der Entwicklung der Pandemie im Herbst 2021

sowie des im Rahmen des vorliegenden Verfahrens eingereichten Kontoblatts steht mithin nichts im Wege. 3.2

Im Formular «Vor Anmeldung von Kurzarbeit» vom 19. September 2021 (Urk.

8/13, Urk. 8/16 ) begründete die Beschwerdeführerin die Notwendigkeit der Kurzarbeit im Wesentlichen damit, dass

mit einem voraussichtlichen Arbeitsausfall von 80

% zu rechnen sei ( Urk. 8/13

Ziff. 5) . Firmenevents und «Feiertage» (gemeint wohl private Anlässe zu Feiertagen) würden infolge der schwierigen und unsicheren Situation durch Corona nicht gebucht werden ( Urk. 8/16 Ziff.

#### **E. 10**

c und 10d ). Aufgrund der geltenden Massnahmen (z.B. Tischabstände) könne der Betrieb nicht vollständig genutzt werden ( Ziff. 10a) und mithin auch nur ein Teil der Arbeit nehmen beschäftigt werden ( Ziff. 11a). Zur Vermeidung von Kurzarbeit würden die Tische nur noch für zwei Stunden vergeben werden, wodurch eine mehrfache Belegung der Tische möglich

werde . Ausserdem sei ein Take Away Angebot eingeführt worden ( Ziff. 11b). Sobald die behördlichen Massnahmen aufgehoben würden und der Betrieb wieder unter «normalen» Umständen geführt werden könne, seien auch wieder höhere Umsätze zu erwarten. Die Vergangenheit zeige, dass die Umsätze ohne behördliche Auflagen wesentlich über den aktuellen Umsätzen liegen würden ( Ziff. 12). Die im Verwaltungsverfahren von der Beschwerdeführerin eingereichte Übersicht zu den Umsatzzahlen zeigt, dass sie in den Monaten Oktober bis Dezember 2019 einen Umsatz von Fr. 191'220.-- und in derselben Zeitperiode im Jahr 2020 einen solchen von Fr. 140'815.-- erzielte (Urk. 8/20). Im Rahmen

des Einspracheverfahrens im Dezember 2021 erinnerte die Beschwerdeführerin ausser dem daran, dass die Infektionszahlen im November 2020 nach einem Rückgang im vorausgegangen Sommer wieder stark ansteigen seien. Dieses Bild zeichne sich auch im Jahr 2021 ab (vgl. Urk. 8/2 S).

3). Aus dem im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens eingereichten Kontoblatt ergibt sich sodann, dass die Beschwerdeführerin in den Monaten Oktober bis Dezember 2021 einen Umsatz in der Höhe von Fr. 71'494.90 erzielte (Urk. 3/7). 3.3

Gemäss Art. 6 Abs. 1 der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage) vom 23. Juni 2021 (Stand: 20. September 2021 bis 20. Dezember 2021) muss jede Person in öffentlich zugänglichen Innenräumen von Einrichtungen und Betrieben eine Gesichtsmaske tragen. Von der Maskentragepflicht ausgenommen sind namentlich Personen, die eine medizinische oder kosmetische Dienstleistung im Gesicht in Anspruch nehmen (Art. 6 Abs. 1 lit. d).

Gestützt auf die Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 23. Juni 2021 in den vom 20. September 2021 bis 20. Dezember 2021 gültig gewesenen Fassungen müssen Restaurants-, Bar- und Clubbetriebe, in denen die Konsumation vor Ort erfolgt, Diskotheken und Tanzlokale, in denen den Besucherinnen und Besuchern nicht ausschliesslich Aussenbereiche offensteht, den Zugang zu Innenbereichen für Personen ab 16 Jahren auf Personen mit einem Zertifikat im Sinne von Art.

3 beschränken (Art.

#### **E. 12**

Abs. 1 lit. a und Art.

#### **E. 13**

Abs. 1 i. V. m. Art.

3 der Covid-19-Verordnung besondere Lage, Stand: 20. Dezember 2021). Zeitgleich wurde eine Home-Office-Pflicht eingeführt (Art. 25 Abs. 5 der Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 23. Juni 2021, Stand: 20. Dezember 2021; gemäss Bundesratsbeschluss vom 3. Dezember 2021 bestand seit dem 6. Dezember 2021 eine dringliche Home-Office-Empfehlung).

Für Veranstaltungen im Freien und in Innenräumen bestand entweder eine Beschränkung der Anzahl der Teilnehmenden oder eine Zertifizierungspflicht im Sinne der 3G- resp. 2G-Regel ab dem 20. Dezember 2021 (Art.

#### **E. 14**

ff. der Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 23. Juni 2021 in den vom 20. September 2021 bis 20. Dezember 2021 gültig gewesenen Fassungen). Für Grossveranstaltungen mit mehr als 1000 Personen wurde ab dem 20. Dezember 2021 zudem eine Bewilligungspflicht eingeführt (Art.

#### **E. 16**

September 2022 (Urk. 2) war

hingegen bereits bekannt, dass die laborbestätigten Fälle von Corona ab November 2021 wieder stark angestiegen sind (vgl. <https://www.covid19.admin.ch/de/epidemiologic/case?g>

eoView=table&epiZoomDev=2021-09-19\_2021-12-19 ). Dass es aufgrund dessen wieder zu vermehrten Einschränkungen kommen könnte und insbesondere Restaurants davon betroffen sein könnten, war zu erwarten. So erscheint denn auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass aufgrund der Zertifikatspflicht und bei einer drohenden Home-Office-Pflicht sowie verschärften Regelungen weniger Firmenevents oder private Anlässe gebucht resp. durchgeführt würden (vgl. E. 3.2) , nicht vollkommen abwegig. Ferner ist plausibel, dass infolge der behördlich angeordneten Massnahmen betreffend die Nutzung von Innenräumen von Restaurants nicht die gleiche Anzahl Gäste bewirtet werden können und somit eine vollständige Arbeitsaufnahme nicht gewährleistet werden kann. Insofern wäre der Beschwerdegegner gehalten gewesen, im weiteren Verlauf zumindest zu prüfen, inwie weit die Voraussetzungen für eine Kurzarbeitsentschädigung vor dem Hintergrund der Entwicklung im Herbst / Winter 2021 erneut gegeben waren , zumal er im Einspracheentscheid einräumte, dass das Gastgewerbe ab dem 13. September 2021 aufgrund der Zertifikatspflicht und im Dezember 2021 durch die Omikron-Welle wieder zurückgeworfen worden sei und sich noch im negativen Bereich befinde (vgl. Urk. 2 S. 3). Weil er davon abgesehen hat und den massgebenden Sachverhalt somit unvollständig festgestellt hat, ist die Sache

in Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 16. September 2022 an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit er eine Überprüfung der Voraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Entwicklung im Herbst/Winter 2021 vornehme und hernach einen neuen Entscheid erlasse. In diesem Sinne ist die Beschwerde gut zuheissen.

### 3.5

Bei diesem Ergebnis muss nicht geprüft werden, ob die vom Beschwerdegegner nach Rechtshängigkeit der Beschwerde vorgenommenen Abklärungsmassnahmen (vgl. Urk. 8/23-24) zulässig waren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_162/2019 vom 29. Mai 2019 E. 5.3.1.1 f. ). 4.

Nach ständiger Rechtsprechung gilt die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur weiteren Abklärung und neuen Verfügung sowohl für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als vollständiges Obsiegen (BGE 137 V 57; vgl. auch BGE 141 V 281 E. 11.1 mit Hinweis), weshalb die vertretene Beschwerdeführerin in Anspruch auf eine Parteientschädigung hat.

Diese ist entsprechend dem notwendigen Aufwand unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses ermessensweise auf Fr. 1'100.- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) festzusetzen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 16. September 2022 aufgehoben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückgewiesen wird, damit dieser nach erfolgter Abklärung im Sinne der Erwägungen einen neuen Einspracheentscheid erlasse. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von Fr. 1'100.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Josef Gabrieli - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) - seco - Direktion für Arbeit - Arbeitslosenkasse Kanton Zürich 5.

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. Juli bis und mit 1. August sowie vom 1. 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  
Hurst-Stadler

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