

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00283

## vom 21. August 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-08-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2022.00283](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00283)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00283 du 21 août 2023

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00283 del 21 agosto 2023

### Erwägungen

#### E. 1

Am 27. Januar 2022 machte die X.\_\_\_\_ GmbH, in Y.\_\_\_\_, beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) eine Voranmeldung für Kurzarbeit des Gesamtbetriebes für 5 Mitarbeitende für den Zeitraum vom 1. Februar bis 30. Juni 2022, und zwar für einen Arbeitsausfall von 25 %

(Urk. 7/19). Das AWA hatte bereits zuvor (unter Vorbehalt der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen) die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung im Zusammenhang mit den behördlichen Massnahmen infolge der COVID-19-Pandemie bewilligt und es war während des Zeitraums vom 1. März bis 30. Juni 2020 und vom 12. November 2020 bis Ende April 2021 Entschädigungen ausbezahlt worden (Urk. 7/43, 7/35, 7/29). Mit Verfügung vom 7. Februar 2022 bewilligte das AWA

für den Gesamtbetrieb erneut Kurzarbeit für den Zeitraum vom 1. Februar 2022 bis 31. Juli 2022

und die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich wurde bei Vorliegen der übrigen Anspruchsvoraussetzungen zur Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung angewiesen (Urk. 7/18). Für die Abrechnung der ab 1. März 2022 im Betrieb angeordneten Kurzarbeit mit einem geltend gemachten Arbeitsausfall von 34 %

erfolgten Abklärungen durch die Arbeitslosenkasse (Urk. 7/11-17). Am 7. Juni 2022 überwies sie den Fall an das AWA zur Überprüfung

(Urk. 7/10). Dieses zog mit Verfügung vom 21. Juni 2022 die Verfügung vom 7. Februar 2022 in Wiedererwägung und gewährte nur eine teilweise Bewilligung für den Zeitraum vom 1. bis 28. Februar 2022; für den Zeitraum ab 1. März 2022 erhob es Einspruch (Urk. 7/9). Dagegen liess die X.\_\_\_\_ GmbH am 15. Juli 2022 (Urk. 7/5, 7/2) Einsprache erheben. Das AWA wies die Einsprache mit Entscheid vom 30. September 2022 ab (Urk. 2).

#### E. 1.1

Gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. b und d des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (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 (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d 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. 1.2.1**

Gemäss Art. 32 Abs.

### **E. 1.2.2**

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 Insolvenzenschädigung, AVIV).

### **E. 1.2.3**

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 gehören. Unter das normale Betriebsrisiko fallen Arbeitsausfälle, die üblich und vorhersehbar sind, regelmässig 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 allgemein gültigen 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 ausserordentlicher Natur sind, sind sie anrechenbar (AVIG-Praxis KAE, Rz. D3).

### **E. 1.3**

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 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 Art. 31 Abs. 1 und 32 Abs. 1 lit . a erfüllt sind. Die kantonale Amtsstelle kann weitere zur Prüfung nötige Unterlagen einverlangen ( Art. 36 Abs.

#### **E. 1.4**

Im Zusammenhang mit Massnahmen wegen des Coronavirus (COVID-19) erliess der Bundesrat unter anderem die folgenden Verordnungen, die innert kurzer Zeit mehrere Änderungen erfuhren: 1.

Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Corona virus( COVID-19-Verordnung 2) vom 1 3. März 2020 (SR 818.101.24) 2.

Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung besondere Lage vom 1 9. Juni 2020, ersetzt durch gleichlautende Verordnung vom 2 3. Juni 2021 (SR 818.101.26) 3.

Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Arbeitslosen versicherung) vom 2 0. März 2020 (SR 837.033)

#### **E. 1.5**

Nach den laufend aktualisierten Weisungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) « Sonderregelungen aufgrund der Pandemie » (vgl. zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen: BGE 148 V 385 E. 5.2; 148 V 102 E. 4.2; 140 V 543 E.

3.2.2.1) kann eine Pandemie aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit . a AVIG betrachtet werden, selbst wenn unter Umständen jeder Arbeitgeber davon betroffen sein kann. Demnach sind Arbeits ausfälle 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, inwie fern die Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind (Weisung Nr.

2020/01 vom 1 0. März 2020, S. 3). Während zu Beginn der blosse Hinweis auf die Pandemie als ausreichende Begründung betrachtet wurde (Weisung Nr.

2020/06 vom 9. April 2020, S. 5), galt dies im hier interessierenden Zeitpunkt nicht mehr (Weisung Nr. 2020/15 vom 3 0. Oktober 2020, S. 8). Der Arbeitgeber hat jedoch glaubhaft dar zul egen, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen sind ( Ziff.

#### **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 anwend baren 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).

Dabei ist grundsätzlich diejenige Fassung

mitzuberücksichtigen, die der Entscheidbehörde im Verfügungszeitpunkt vorgelegen (und ihr gegenüber Bindungswirkung entfaltet) hat. Spätere Ergänzungen können allenfalls in die Entscheidungsfindung einfließen, insbesondere, wenn sie Schlüsse zulassen auf eine bereits zuvor gelebte Verwaltungspraxis (BGE 147 V 278 E. 2.2). 1.

## **E. 2**

Gegen den Einspracheentscheid vom 30. September 2022 liess die X.\_\_\_\_ GmbH am 28. Oktober 2022 Beschwerde erheben mit dem Antrag auf Aufhebung des Entscheids und auf Feststellung, dass sie Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung habe (Urk. 1). In der Beschwerdeantwort vom 10. November 2022 beantragte der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde und verwies ansonsten auf die Begründung in der Verfügung und im Einspracheentscheid (Urk. 6). Dies wurde der Beschwerdeführerin am 17. November 2022 mitgeteilt (Urk. 8). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Den angefochtenen Einspracheentscheid begründete der Beschwerdegegner im Wesentlichen damit, dass es aufgrund der verschiedenen, bis Anfang 2022 angeordneten Corona-Massnahmen auch im Fitnessbereich nachvollziehbar sei, dass für die Kunden der Besuch des Fitnesscenters und die Inanspruchnahme der Gesundheitsangebote wenig attraktiv gewesen sei. Zudem erscheine es plausibel, dass aufgrund der Zwangsschliessungen Kündigungen von Abonnements erfolgt und die Verlängerung der Abonnements ausgeblieben seien. Allerdings seien ab 3. Februar 2022 die Kontaktquarantäne und ab dem 17. Februar 2022 die übrigen Corona-Massnahmen – ausser der Isolation positiv getesteter Personen und die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in den Gesundheitseinrichtungen – aufgehoben worden. Am 1. April 2022 sei die Rückkehr in die normale Lage erfolgt und alle Corona-Massnahmen beendet worden. Somit könne ab 1. März 2022 nicht mehr von substantiellen Einschränkungen durch behördliche Massnahmen bzw. die Pandemie gesprochen werden. Ab dann habe auch festgestanden, dass die Impfung einen guten Schutz gewähre und dass dies damals vorherrschende Variante des Virus ungefährlicher sei, weshalb die Angst in der Bevölkerung stark abgenommen habe. Die gegenüber Dezember 2021 erfolgte Zunahme der Abonnementsabschlüsse bis März 2022 sei nur als leichte Erhöhung einzustufen, was zeige, dass es sich nur um eine leichte Erholung in der Branche handle; sodann werde das Virus der Gesellschaft wohl erhalten bleiben, so dass die Erholung der Branche – wenn überhaupt – nur sehr langsam fortschreiten werde. Damit sei der Arbeitsausfall jedoch nicht mehr als aussergewöhnlich und vorübergehend zu bezeichnen und nicht mehr mit der Pandemie zu begründen, vielmehr sei dieser als normales Betriebsrisiko einzustufen und als branchen-, betriebs- oder berufsüblich zu bezeichnen. Die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung nur im Zeitraum vom 1. bis 28. Februar 2022 sei daher zu Recht erfolgt (Urk. 2).

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin führt in der Beschwerde aus, der Arbeitsausfall sei weiterhin als vorübergehend zu bezeichnen. Die Zahlen bis Ende Juli 2022 seien noch nicht auf dem Vorcoronazeit -Niveau. Jedoch sei ein Anstieg von knapp 100 Mitgliedern während der Zeit vom 13. Dezember 2021 bis Ende März 2022 zu verzeichnen, was nicht wenig sei, wenn man bedenke, dass dies noch ein Zeitraum gewesen sei, in dem Corona-Massnahmen gegolten hätten. Es könne also nicht von einer nur leichten Erholung gesprochen werden. Seit der Aufhebung der Massnahmen ab 1. April 2022 bestehe immer noch eine Zurückhaltung bei den Personen gegenüber neuen Abschlüssen von Fitnessabos, die in einer gewissen Ansteckungsangst gründe. Jedoch sei der Anstieg weiterhin gegeben, weil die Leute lernen würden, damit umzugehen. Seit Mitte April 2022 bis Mitte Oktober 2022 seien weitere 100 Abschlüsse getätigt worden. Normalerweise finde in dieser Jahreszeit kein Zuwachs statt. Damit sei glaubhaft dargetan, dass der Umsatz rückgang auf die Pandemie zurückzuführen sei und dieser in angemessener Zeit wieder aufgeholt werde, also vorübergehend sei.

Sodann beruft sich die Beschwerdeführerin auf den Grundsatz von Treu und Glauben, den sie verletzt sieht. Zunächst sei die Kurzarbeit bis zum 31. Juli 2022 gutgeheissen worden, und erst mit Verfügung vom 21. Juni 2022 sei sie widerrufen und der Anspruch ab 1. März 2022 abgelehnt worden. Die Beschwerdeführerin habe im Vertrauen darauf, Kurzarbeitsentschädigung zu erhalten, während vier Monaten nichts unternommen (insbesondere keine Entlassungen ausgesprochen; Urk. 1). 3.

## **E. 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.

### **E. 3.1**

Am 7. Februar 2022 erging die Verfügung des Beschwerdegegners mit der Bewilligung der Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Februar 2022 bis 31. Juli 2022. Ausdrücklich und fettgedruckt wurde darauf hingewiesen, dass sich die Anspruchs- und Abrechnungsbedingungen während der Gültigkeit der Bewilligung ändern könnten (Urk. 7/18 S. 2), womit auf eine allfällige Änderungsmöglichkeit der so ausgesprochenen Bewilligung hingewiesen wurde.

Am 17. Februar 2022 wurden seitens des Bundesrates die Corona-Massnahmen aufgehoben, ausser die Isolationspflicht für positiv getestete Personen und die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen. Für den Bereich der Fitnesscenter bedeutete dies den Wegfall der Maskenpflicht und der 2G-Regeln. Am 1. April 2022 wurde die Rückkehr zur normalen Lage erklärt und es wurden alle Coronamassnahmen aufgehoben (Medienmitteilung des Bundesrats beschlusses vom 16. Februar 2022). Indem der Beschwerdegegner mit Verfügung vom 21. Juni 2022 die Verfügung vom 7. Februar 2022 widerrufen hat, passte er die Situation an die seiner Ansicht nach geänderten Verhältnisse an. Eine Rückerstattungspflicht irgendwelcher Leistungen war damit nicht verbunden. Wie das Bundesgericht festgestellt hat, ist diese Form der Änderung der ursprünglich unter Vorbehalt ausgesprochenen Bewilligung der Kurzarbeitsentschädigung, die nur als vorübergehende Leistung zu qualifizieren ist, in

formeller Hinsicht nicht unter den strengen Voraussetzungen der Wiedererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG, sondern einzig unter materiell-rechtlichen Anforderungen zu prüfen (Urteil des Bundesgerichts 8C\_89/2023 vom 2. Mai 2023 E. 4.6).

Aufgrund der nur unter Vorbehalt und nur unter der Bedingung, dass die übrigen Anspruchsvoraussetzungen gegeben seien (Urk. 7/18), zugesprochenen Kurzarbeitsentschädigung kann nicht von einer Vertrauensgrundlage gesprochen werden, die den Schutz des Vertrauens in eine behördliche bedingungslose Zu sicherung verlangen kann (vgl. BGE 143 V 341 E. 5.2.1). Soweit sich die Beschwerdeführerin mit dem Hinweis auf die Verletzung von Treu und Glauben auf diese Grundlage beruft, dringt sie von Anfang an nicht durch (Urk. 1 S.

5).

### **E. 3.2**

Aufgrund der sinkenden Fallzahlen und der allgemeinen Entspannung der epidemiologischen Lage erfolgte eine schrittweise Lockerung der behördlichen Covid-Massnahmen, indem für die betroffenen Betriebe in den meisten Fällen die behördlichen Massnahmen als Begründung für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entfielen, so dass der Betrieb grundsätzlich wiederaufgenommen werden musste, sobald dies erlaubt war (Weisung 2020/10: Aktualisierung «Sonderregelungen aufgrund der Pandemie» vom 2. Juli 2020 des Staatssekretariats für Wirtschaft, SECO, S. 9 Ziff. 2.5). Wie erwähnt wurden ab dem 17. Februar 2022 fast alle Massnahmen aufgehoben. Es waren dies die Maskenpflicht in Läden und in Innenbereichen von Restaurants sowie in

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). Beibehalten wurde einzig, dass sich bis Ende März 2022 positiv getestete Personen weiterhin während mindestens fünf Tagen in Isolation begeben mussten sowie die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen (Medienmitteilung des Bundesrats vom 16. Februar 2022). 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).

Insofern konnte ab dem 1. März 2022 nicht mehr von eigentlichen behördlichen Einschränkungen durch das Auftreten der Pandemie beziehungsweise behördliche Massnahmen gesprochen werden. Zur Diskussion steht jedoch, ob die Covid-19-Pandemie an sich einen (weiteren) entschädigungspflichtigen Arbeitsausfall verursachte.

### **E. 3.3**

Ob ein Arbeitsausfall als vorübergehend bezeichnet werden kann, ist anhand der massgebenden Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Er ist dann anzunehmen, wenn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraussehbar ist, dass der Betrieb innert nützlicher Frist wieder zur vollen Beschäftigung zurückkehren kann, welche Frage die Verwaltung

prospektiv bei der Voranmeldung beurteilen muss; das Gericht legt seinem Entscheid den Sachverhalt zu Grunde, wie er sich bis zum angefochtenen Einspracheentscheid entwickelt hat (vgl. BGE 121 V 371 E. 2a; Nussbaumer, Arbeitlosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), 3. A., Basel 2015 S. 2 407 f., Rz. 472).

#### **E. 3.4**

Gemäss Darlegungen der Beschwerdeführerin in einem Schreiben an den Beschwerdegegner wurde der Betrieb per Ende Juni 2020 umgebaut und umstrukturiert. Per Ende Juni 2020 sei im Vergleich zum vormaligen Betrieb ein gänzlich anderes Fitness und Wellness Center auf rund 1600 m<sup>2</sup>

im Premiumsegment mit einer Ausstattung von höchster Qualität sowie einer erweiterten Vielfalt an Angeboten (Wellness, Fitness, Spinning, Gruppenkurse, Aquafit, Therapiebereich, Massage, Kidsclub etc.) wiedereröffnet worden. Die erzielbaren Umsätze seien daher nicht vergleichbar mit jenen der Jahre zuvor, sondern es sei vielmehr auf den realistischen Planumsatz von Fr. 2,5 Mio. abzustellen, zumal das neue Center, wie es seit Juni 2020 bestehe, in keiner Art und Weise mit dem Unternehmen von 2018/2019 zu vergleichen sei. Die Neueröffnung mitten in der Coronakrise mit Lockdown und Schutzmassnahmen habe unter erheblichen erschwerten Bedingungen stattgefunden (Urk. 7/13).

Mit dieser Neuausrichtung des ganzen Unternehmens in ein offenbar exklusiveres Angebots- und Preissegment hat die Beschwerdeführerin Umstände geschaffen, die für jeden Betrieb ein wesentliches Betriebsrisiko beinhalten und zu Abonnementskündigungen selbst von langjährigen Mitgliedern führen und Neuabschlüsse von Abonnements verhindern können, bis sich ein Betrieb im Markt – der sich vorliegend zudem in grosser Nähe zu Zürich mit seinem eigenen grossen Angebot befindet – etabliert hat. Diese Faktoren blendet die Beschwerdeführerin in der Beschwerde zu Unrecht gänzlich aus. Unbestrittenermassen fand seit Januar 2022 eine gewisse Steigerung der Abonnementsabschlüsse statt (vgl. Urk. 3), mit der die Beschwerdeführerin auf die Erholung des Marktes und damit auf den vorübergehenden Arbeitsausfall hinweist, dennoch führt die Beschwerdeführerin die nach wie vor (zu) geringe Anzahl von Mitgliedern und den verminderten Umsatz auf eine behauptete Angst der Kunden vor potentiellen Ansteckungen

wegen des Coronavirus zurück, die trotz der Aufhebung der unmittelbaren Coronamassnahmen für den Fitnessbereich ab Februar 2022 dafür verantwortlich sei. Dies überzeugt jedoch unter Berücksichtigung der erwähnten Umstände der Neuausrichtung des Betriebes nicht. Denn es ist dem Beschwerdegegner beizupflichten, dass aufgrund der weit verbreiteten Impfung, der erreichten hohen Immunität in der Bevölkerung und mit der Verringerung schwerer Krankheitsverläufe sich die Gefahr einer Ansteckung und von Komplikationen im Zeitpunkt der Aufhebung der meisten Massnahmen bedeutend verringert hatte, so dass die Angst davor in viel kleinerem Umfang noch vorhanden gewesen sein dürfte. Von einer im Allgemeinen leichten Erholung der Fitnessbranche von Ende 2021 bis September 2022 – dem Zeitpunkt des Einspracheentscheids

– berichtete auch die Interessengemeinschaft Fitness Schweiz, swiss

activ, aufgrund einer Studie. Selbst seit Ende 2021 bis zum Ende des ersten Quartals 2022 und damit noch grössten teils unter Corona-Massnahmen wurde ein Aufwärtstrend

verzeichnet. Der Trend nach zwei Jahren von Corona-Massnahmen entwickle sich positiv, allerdings seien vor allem ältere Personen nicht in die Fitnesscenter zurückgekehrt und bräuchten vermehrt noch Unterstützung zur Motivierung ( <https://swissactive.ch/2022/09/06/ergebnisse-eckdaten-der-schweizer-fitness-wirtschaft-2022> ; eingesehen am 24. Juli 2023).

Somit ist auch ein gewisser Branchenumbau in der Fitnessbranche denkbar, der auf ein zurückhaltendes (Wieder-)Einstiegsverhalten in die Fitnesswelt zurückzuführen ist, dies nicht zuletzt durch vermehrtes, während der Coronapandemie neu gefundenes Training draussen oder online oder durch veränderte Arbeitsweisen im fortgeführten homeoffice . Ein (auch nur vorübergehender) Rückgang des Arbeitsanfalls aus diesen Gründen wie auch wegen einer Neupositionierung im Markt sind keine ausserordentlichen Ausfälle, die durch die Kurzarbeitsentschädigung gedeckt sind.

Daraus folgt, dass die Beschwerdeführerin den notwendigen, mit dem Beweisgrad der Glaubhaftigkeit gemachte Nachweis , dass sie

während des Zeitraums von März bis Juni 2022 einen durch die Covid-19-Pandemie erlittenen ausserordentlichen Arbeitsausfall erlitten hat , nicht erbracht hat.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - CAP Rechtsschutz-Versicherungsgesellschaft AG - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) - seco - Direktion für Arbeit sowie an : - Arbeitslosenkasse Kanton Zürich, 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 siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 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 der beschwerdeführenden Partei oder ihrer Rechtsvertretung 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 Die Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin i.V. FehrHartmann

#### **E. 4**

Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall) vom 20. März 2020 (SR 830.31).

#### **E. 7**

Nach Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Überprüfung gebildet

haben, zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind, und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Die Wiedererwägung im Sinne dieser Bestimmung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts, insbesondere bei einer klaren Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes. Zweifellose Unrichtigkeit meint dabei, dass kein vernünftiger Zweifel an der (von Beginn weg bestehenden) Unrichtigkeit der Verfügung besteht, also einzig dieser Schluss denkbar ist. Ob dies zutrifft, beurteilt sich nach der bei Erlass der Verfügung bestehenden Sach- und Rechtslage, einschliesslich der damaligen Rechtspraxis. Das Erfordernis ist in der Regel erfüllt, wenn eine Leistungszusprechung aufgrund falscher Rechtsregeln erfolgte oder weil massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (BGE 144 I 103 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 8C\_57/2020 vom 18. Juni 2020 E. 4.1, je mit Hinweisen). Diese Grundsätze sind auch zu beachten, wenn die zuständige Amtsstelle ein Gesuch um Kurzarbeit (im Grundsatz, d.h. bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen) bewilligt hat und diese Bewilligung später widerrufen will (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_474/2021 vom 19. Oktober 2021 E. 2.3). 2.

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