



Fall-Nr.: AVI 2011/60
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 08.06.2012
Entscheiddatum: 08.06.2012

Entscheid Versicherungsgericht, 08.06.2012

**Art. 31. Abs. 1 lit. b AVIG; Art. 32 Abs. 3 AVIG; Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG;
Kurzarbeitsentschädigung; Währungsschwankungen als normales
Betriebsrisiko; insbesondere kein Härtefall; kein Anspruch auf
Kurzarbeitsentschädigung, da betriebsüblicher Arbeitsausfall (Entscheid des
Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 8. Juni 2012, AVI
2011/60).**

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Miriam Lendfers; a.o.
Versicherungsrichter Christian Zingg; a.o. Gerichtsschreiber Martin Horni

Entscheid vom 8. Juni 2012

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin Martina Wüst, MLaw, Bratschi Wiederkehr & Buob,
Vadianstrasse 44, Postfach 262, 9001 St. Gallen,

gegen

Amt für Arbeit, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegner,

betreffend



Kurzarbeitsentschädigung (betriebsüblicher Arbeitsausfall)

Sachverhalt:

A.

A.a Die A.____ bezweckt gemäss Handelsregistereintrag die Herstellung von Bohrungen nach jeglicher Art zur geologischen und hydrologischen Erkundung und Erschliessung sowie Directional Drilling und Leitungsführungen jeder Art.

A.b Nach einem Leistungsbezug in den Monaten Februar und März 2001 reichte die A.____ am 1. Juni 2007 beim Kantonalen Amt für Arbeit eine weitere Voranmeldung für Kurzarbeit für die Zeit vom 11. Juni 2007 bis 11. September 2007 für die im Gesamtbetrieb von Kurzarbeit betroffenen sechs Arbeitnehmenden im Umfang von 100% ein; sie führte in den Monaten Juni bis August 2007 Kurzarbeit durch und erhielt von der Kantonalen Arbeitslosenkasse Kurzarbeitsentschädigungen ausgerichtet (act. G 10.1 und 10.7). Für den Zeitraum vom 6. Dezember 2008 bis 28. Februar 2009 meldete sie am 26. November 2008 beim Kantonalen Amt für Arbeit erneut Kurzarbeit für die im Gesamtbetrieb von Kurzarbeit betroffenen fünf Arbeitnehmenden im Umfang von 100% an (act. G 10.6). Weitere Voranmeldungen wurden für den Zeitraum vom 1. März 2009 bis 31. Mai 2009 (act. G 10.4), und vom 1. Juli 2009 bis 30. November 2009 (act. G 10.5) sowie vom 21. Oktober 2010 bis 30. April 2011 (act. G 10.3) eingereicht. Kurzarbeit durchgeführt bzw. entsprechende Kurzarbeitsentschädigung bezogen hat die A.____ in den Monaten Januar bis April 2009, Oktober bis Dezember 2010 und Januar bis März 2011 (act. G 10.1).

A.c Am 6. April 2011 reichte die A.____ beim Kantonalen Amt für Arbeit ein Fortsetzungsbegehren für Kurzarbeit vom 21. April bis 20. Oktober 2011 für die im Gesamtbetrieb von Kurzarbeit betroffenen sieben Personen im Umfang von 100% ein. Zur Begründung gab die A.____ an, das tiefbohrtechnische Know-How im Spezialgebiet der tiefen Seilkernbohrungen sei aufgrund der schlechten Auftragslage im In- und Ausland und der damit einhergehenden Stilllegungen von Firmen mitsamt Geräten massiv zurückgegangen. Da die NAGRA Genossenschaft in ein bis zwei Jahren wiederum eine grosse Tiefbohrkampagne zur Erkundung potentieller Endlagerstandorte



St.Galler Gerichte

starte und die A.____ sich diese Chance nicht entgehen lassen dürfe, müsse das Know-How und damit das Schlüsselpersonal weiterhin erhalten bleiben können. Die Kurzarbeit sei eine dringend nötige Massnahme zum Erhalt einer eigenständigen Schweizerischen Tiefbohrunternehmung für die zukünftigen Energieprojekte in der Schweiz (act. G. 4.1/A 18).

A.d Mit Schreiben vom 18. April 2011 ersuchte das Kantonale Amt für Arbeit die A.____ um Bekanntgabe der Umsatzzahlen für die Monate Januar bis März 2011. Aufgrund der eingereichten Begründung sei eher anzunehmen, dass ein längerfristiger und damit nicht mehr vorübergehender Arbeitsausfall vorliege. Dieser sei nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen nicht entschädigungsberechtigt. Bevor ein negativer Entscheid ergehe werde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (rechtliches Gehör; act. G 4.1/A 20).

A.e Am 4. Mai 2011 reichte die A.____ dem Kantonalen Amt für Arbeit die Umsatzzahlen für die Monate Januar bis März 2011 ein und teilte mit, dass die A.____ im Allgemeinen zu jeder Jahreszeit Tiefbohrungen ausführe und nicht saisonal bedingt im Sommer ausgelastet sei (act. G 4.1/A 21).

B.

B.a Das Amt für Arbeit erhob am 11. Mai 2011 gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung Einspruch. Der geltend gemachte Arbeitsausfall gehöre zum normalen Betriebsrisiko. Nach der Art des Betriebes sei stets mit einem langen Zeitraum von der Projektierung bis zur definitiven Auftragserteilung/Ausführung zu rechnen, wobei für die dazwischen liegenden Monate keine Versicherungsleistungen beansprucht werden könnten. Es handle sich nicht um aussergewöhnliche Arbeitsunterbrechungen. Die Ursachen der anhaltenden Betriebsunterbrechung würden keine Ausrichtung von Versicherungsleistungen rechtfertigen (act. G. 4.1/A 22).

B.b Die A.____ machte in der Einsprache vom 1. Juni 2011 geltend, dass der derzeitige Betriebsausfall kein normales Betriebsrisiko darstelle. Sollte dieses Betriebsrisiko kalkulatorisch erfasst und tatsächlich in die Angebotspreise eingerechnet werden können, so wäre eine Offertstellung von Anfang an illusorisch. Als schweizerisches



St.Galler Gerichte

Bohrunternehmen sei sie gegenüber der Konkurrenz aus dem Ausland (EU-Raum), die von Währungsvorteilen profitiere, ohnehin benachteiligt. Die Konkurrenz würde zusätzlich von fehlenden Kontrollen bezüglich Einhaltung der Mindestlöhne bzw. des Gesamtarbeitsvertrages und von der qualitätsmindernden Unsitte, Aufträge an Billiganbieter zu erteilen, profitieren. In der Zwischenzeit sei sie mit einer Seilkernbohrung für den Basistunnel in Österreich beauftragt worden und biete ihr Schweizer Know-How im Ausland an, während sie im Inland betreffend die Geothermiebohrung für einen Gemüseanbaubetrieb eine ungerechtfertigte Absage erhalten habe, da die NAGRA Genossenschaft anlässlich der Vergabeverhandlungen einen Nachlass von gegen 40% nach der Massgabe des Angebots eines deutschen Mitbewerbers gefordert habe, was jedoch für ein schweizerisches Bohrunternehmen unweigerlich zu einem massiven Verlust geführt hätte (act. G. 4.1/A 24).

B.c Mit Einspracheentscheid vom 27. Juni 2011 wies das Amt für Arbeit die Einsprache ab, da ein branchen- und betriebsüblicher Arbeitsausfall vorliege. Ein Unternehmen, das im Bohrtechnikbereich tätig sei und aufgrund hoher finanzieller und technischer Einsätze den nationalen und internationalen Submissionsvorschriften unterliege, müsse trotz hoher Offertaufwendungen ohne Weiteres mit negativen Submissionsentscheiden rechnen. Ein solches Betriebsrisiko sei vom Unternehmen selbst zu tragen (act. G. 4.1/A 25).

C.

C.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die von der A.____ am 29. August 2011 erhobene Beschwerde. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids und die Bewilligung von Kurzarbeit für den Zeitraum vom 21. April 2011 bis 20. Oktober 2011. Sie macht geltend, es liege kein betriebsüblicher Arbeitsausfall vor. Währungsschwankungen der aktuellen Grössenordnung würden einen ausserordentlichen Charakter aufweisen und seien nicht mehr dem normalen Betriebsrisiko zuzurechnen. Die Ursache des gegenwärtigen Auftragseinbruchs liege ausserhalb des Einflussbereichs der Beschwerdeführerin und habe von ihr weder vorausgesehen noch in ihre Kalkulation einbezogen werden müssen. Zudem liege keine langfristige betriebsstrukturelle Problematik vor; es handle sich vielmehr um kurzfristige und vorübergehende Arbeitsausfälle. Eine Verbesserung



St.Galler Gerichte

der Auftragslage zeichne sich bereits ab; so habe die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich den Auftrag für eine Seilkernbohrung für den Brenner Basistunnel erhalten (act. G 1).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 13. Januar 2012 beantragt die Beschwerdegegnerin Abweisung der Beschwerde. Hinsichtlich Sachverhalt und Begründung verweist sie auf den Einspracheentscheid vom 27. Juni 2011 (act. G 4).

C.c Die Beschwerdeführerin verzichtet auf die Einreichung einer Replik (act. G 7).

Erwägungen:

1.

1.1 Nach Art. 31 Abs. 1 lit. b und d des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) haben Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, deren Arbeitszeit verkürzt oder deren Beschäftigung ganz eingestellt wird, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar und voraussichtlich vorübergehend ist sowie wenn erwartet werden darf, dass durch die Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können. Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). 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 374 E. 2a und 119 V 358 E. 1a). Nach Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG ist ein Arbeitsausfall ebenfalls nicht anrechenbar, wenn er durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko der Arbeitgeberin gehören (ARV 2004 Nr. 5 S. 58 E. 2.1).

1.2 Mit dem normalen Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a 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 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 Unternehmertätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen (BGE 119 V 500 E. 1 mit Hinweisen). Dabei kommt dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit massgebende Bedeutung zu. So gehören Arbeitsausfälle, die jede Arbeitgeberin treffen können, zum normalen Betriebsrisiko. Lediglich wenn sie ausserordentlicher oder aussergewöhnlicher Natur sind, sind sie anrechenbar und damit entschädigungsberechtigt (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl. 2007, Rz. 477 ff., insbesondere Rz. 481 ff.).

2.

Streitig und zu prüfen ist, ob der geltend gemachte Arbeitsausfall zum normalen Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin gehört und somit im Rahmen der Kurzarbeit nicht entschädigungspflichtig ist.

3.

3.1 Das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts) hält in konstanter Rechtsprechung fest, dass Schwankungen in der Auftragslage im Jahresverlauf – insbesondere ein Beschäftigungsrückgang im Winter – sowie Verschiebungen von Terminen auf Wunsch von Auftraggebern oder allenfalls auch aus anderen Gründen, die von den mit der Ausführung von Arbeiten beauftragten Unternehmen nicht zu verantworten sind, im Baugewerbe nichts Aussergewöhnliches darstellen. Die dadurch verursachten Arbeitsausfälle sind daher nicht anrechenbar. Beschäftigungsschwankungen aufgrund verstärkter Konkurrenzsituation können jede Arbeitgeberin treffen (Hans-Ulrich Stauffer/Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 3. Aufl., Art. 33, S. 196). Ebenso gehören derartige Arbeitsausfälle zum normalen Betriebsrisiko der Baubranche (Urteil des EVG vom 4. Dezember 2003 i.S. F.AG, C 8/2003, E. 3; Urteil des Bundesgerichts vom 6. März 2007 i.S. A.AG, C 237/2006, E. 2). Das Gesagte gilt auch



bei einer angespannten, rezessiven Wirtschaftslage und dem damit verbundenen Risiko, dass die Möglichkeit, andere Aufträge vorzuziehen, nicht mehr oder nur in eingeschränkter Masse besteht (Urteil des Bundesgerichts vom 6. März 2007 i.S. A.AG, C 237/2006, E. 2). Diese auf das Bauhauptgewerbe anwendbare Rechtsprechung gilt sinngemäss auch für das Baunebengewerbe (Urteil des EVG vom 4. Dezember 2003 i.S. F.AG, C 8/2003, E. 3; Urteil des EVG vom 10. Juli 2002 i.S. X.AG, C 253/2001, E. 3.a).

3.2 Gemäss Handelsregistereintrag betreibt die Beschwerdeführerin als statutarischen Zweck die Herstellung von Bohrungen nach jeglicher Art zur geologischen und hydrologischen Erkundung und Erschliessung sowie Directional Drilling und Leitungsführungen jeder Art. Der Tätigkeitsbereich der Beschwerdeführerin fällt daher in das Bauhaupt- oder Nebengewerbe [vgl. Abschluss des "Bauleistungsvertrags" im Vergabeverfahren "Tiefbohrung Giessbergental" zwischen der Brenner Basistunnel – BBT SE als Bedarfsträgerin und Auftraggeberin und der Beschwerdeführerin als Bauausführerin (act. G 1.10)]. Die vorstehend unter E. 3.1 wiedergegebene höchstrichterliche Rechtsprechung findet daher auf den vorliegend zu beurteilenden Fall Anwendung.

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Argumentation vor, dass die gegenwärtigen Arbeitsausfälle einerseits auf ihre Abhängigkeit von Aufträgen der öffentlichen Hand bzw. auf den Aufschub geplanter Grossprojekte sowie andererseits auf die verschärfte Konkurrenz aus dem benachbarten EU-Raum zurückzuführen seien. Aufgrund des im Vergleich zur Schweiz tieferen Preis- und Lohnniveaus, der weniger strengen Gesetzesvorschriften (insbesondere in Bezug auf den Arbeitnehmerschutz) sowie der weniger strikten Durchsetzung der nationalen und internationalen Submissionsvorschriften könne die ausländische Konkurrenz zu deutlich günstigeren Konditionen offerieren als Schweizer Bohrunternehmen. Die nicht näher begründeten Arbeitsausfälle "aufgrund der Abhängigkeit von Aufträgen der öffentlichen Hand bzw. aufgrund des Aufschubs geplanter Grossprojekte" sind entsprechend der erwähnten Rechtsprechung (vgl. E. 3.1) keine anrechenbaren Gründe, sondern gehören zum normalen Betriebsrisiko und können jede Arbeitgeberin der Branche gleichermassen treffen. Die Tatsache einer verstärkten Konkurrenzsituation und das damit verbundene Risiko, dass im Vergabeverfahren andere Offerten den Zuschlag erhalten, genügt nicht,



um die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls zu bejahen. Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Beschwerdeführerin schon früher mehrfach Kurzarbeit anordnen musste. So wird bereits in der Voranmeldung zur Kurzarbeit vom 1. Juni 2007 diesbezüglich dargelegt, dass einerseits die monatlichen Umsätze äusserst stark schwankend gewesen seien und dass es andererseits in den vergangenen Jahren immer wieder mehrmonatige Stillstände gegeben habe (act. G 10.7). Auch in der Begründung zur Voranmeldung von Kurzarbeit vom 11. Februar 2009 wird auf diverse Verschiebungen von Alpenbahnprojekten in EU-Ausland sowie die Verschiebung der Tiefbohrkampagne der NAGRA Genossenschaft verwiesen (act. G 10.4). Anhand der Referenzliste ist dennoch ausgewiesen, dass die Beschwerdeführerin in der Vergangenheit auch kurzfristig Bohraufträge wie etwa in Brasilien erhielt (act. G 10.4). Letztlich ist der Bedarf an Sondierbohrungen im Zusammenhang mit Tunnelbauten oder Endlagerungen radioaktiver Abfälle naturgemäss irgendwann abnehmend bzw. zeitlich nicht lückenlos gegeben. Der geltend gemachte Arbeitsausfall der Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 21. April 2011 bis 20. Oktober 2011 stellt somit keine Besonderheit dar.

Die Beschwerdeführerin verweist des Weiteren auf Währungsschwankungen als zusätzlichen Nachteil gegenüber der Konkurrenz aus dem benachbarten EU-Ausland. Diese würden einen aussergewöhnlichen bzw. ausserordentlichen Charakter aufweisen, womit sie nicht mehr dem normalen Betriebsrisiko zuzurechnen seien. Die Ursache des gegenwärtigen Auftragseinbruchs liege deshalb ausserhalb des Einflussbereichs der Beschwerdeführerin und habe von ihr weder vorausgesehen noch in ihre Kalkulation einbezogen werden müssen. Gemäss den Erläuterungen in der AVIG-Praxis gehören Schwankungen der Devisenkurse grundsätzlich zu den normalen Risiken (Kreisschreiben über die Kurzarbeitsentschädigung [KS KAE], 033-AVIG-Praxis 2011/34). Die anhaltende Stärke des Schweizer Frankens gegenüber dem Euro und dem Dollar könne jedoch sowohl aufgrund der Tragweite als auch der Dauer als eine derartige ausserordentliche Situation betrachtet werden (Stand Oktober 2011). Daher könne für darauf zurückzuführende Arbeitsausfälle ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht werden. Hingegen bestehe bei einem Umsatzrückgang ohne Arbeitsausfälle kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Gestützt auf Art. 41 des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrages (LMV) respektive den



entsprechenden Zusatzvereinbarungen gelten für das Bauhauptgewerbe gesamtschweizerische Basislöhne, auf die die Arbeitnehmer im Sinn eines Minimallohns Anspruch haben. Das Entsendegesetz (SR 823.20) verpflichtet zudem ausländische Arbeitgeber, die Arbeitnehmer im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung in die Schweiz entsenden, zur Einhaltung von minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäss den entsprechenden schweizerischen Vorschriften. Auch die ausländischen Bohrunternehmen sind demnach verpflichtet, sowohl den LMV einzuhalten, als auch in den von den Vertragsparteien des LMV gegründeten Vollzugfonds für das Bauhauptgewerbe (Parifonds Bau) einzuzahlen. In Bezug auf das von der Beschwerdeführerin erwähnte Beispiel der Geothermiebohrung für den Gemüseanbaubetrieb ist demnach festzuhalten, dass sich die Beschwerdeführerin trotz des starken Schweizer Frankens gegenüber der ausländischen Konkurrenz in Bezug auf die Lohnkosten aufgrund der gesetzlichen Vorgaben nicht in einem zusätzlichen Nachteil befand. Mithin wiesen die Währungsschwankungen keinen aussergewöhnlichen bzw. ausserordentlichen Charakter auf soweit sie inländische Projekte betreffen und sind dem normalen Betriebsrisiko zuzurechnen. Wie der Beschwerdegegner zutreffend ausführt, wäre der geltend gemachten ungerechtfertigten Absage bzw. fehlenden Regelkonformität der Ausschreibung für die Geothermiebohrung im Rahmen des Submissionsverfahrens verwaltungsrechtlich zu entgegnen gewesen. In Bezug auf die Einschränkung der Konkurrenzfähigkeit bei ausländischen Projekten ist darauf zu verweisen, dass die Beschwerdeführerin trotz des vergleichsweise höheren Preises den Auftrag einer Seilkernbohrung für den Brenner Basistunnel in Österreich erhielt (vgl. act. G 1.10). Die Beschwerdeführerin macht denn auch nicht eine wirtschaftlich schlechte Situation wegen der Konkurrenzlage im Handel geltend. Von daher ist nicht ersichtlich, dass sich der hohe Frankenkurs für Projekte im Ausland aussergewöhnlich auswirkte. Der Referenzliste der Sondierbohrungen lässt sich sodann entnehmen, dass die Beschwerdeführerin seit ihrem Bestehen den Zuschlag für teils langandauernde Projekte erhielt und einhergehend mit der Abhängigkeit von Aufträgen der öffentlichen Hand bzw. des Aufschiebs geplanter Grossprojekte immer wieder vorübergehende Arbeitsausfälle anfielen [(Stand Januar 2010) act. G 4.1/ A 14]. Insgesamt sind solche (erheblichen) Betriebsrisiken dem unternehmerischen Handeln eines hoch spezialisierten Unternehmens im Baugewerbe als Betriebsrisiken immanent.



4.

4.1 Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 27. Juni 2011 zu bestätigen.

4.2 Für dieses Verfahren sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.