



Fall-Nr.: AVI 2018/4
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 20.08.2018
Entscheiddatum: 20.08.2018

Entscheid Versicherungsgericht, 20.08.2018

**Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG; Art. 33 Abs. 1 lit. a und b AVIG;
Kurzarbeitsentschädigung; Arbeitsausfälle von Arbeitnehmenden eines
kleineren Unternehmens im Baunebengewerbe, die infolge eines
mehrmonatigen krankheitsbedingten Ausfalls des Geschäftsführers
entstehen, gehören zum normalen Betriebsrisiko. Der vom
Beschwerdeführer geltend gemachte Rückgang der Baugesuche und die
fehlenden Auftragserteilungen nach Offertstellung, sind für die Baubranche
als branchenüblich zu werten. Ein entschädigungsberechtigter
anrechenbarer Arbeitsausfall liegt nicht vor (Entscheid des
Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. August 2018, AVI
2018/4).**

Entscheid vom 20. August 2018

Besetzung

Versicherungsrichterin Marie-Theres Rüegg Haltinner (Vorsitz),

Versicherungsrichter Joachim Huber und Versicherungsrichterin

Michaela Machleidt Lehmann; a.o. Gerichtsschreiberin Janina Maier

Geschäftsnr.

AVI 2018/4

Parteien



St.Galler Gerichte

A.____ AG,

Beschwerdeführerin,

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit, Rechtsdienst,

Davidstrasse 35, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegner,

Gegenstand

Kurzarbeitsentschädigung

Sachverhalt

A.

A.a Die A.____ AG, vertreten durch den Geschäftsführer B.____, reichte am 17. November 2017 dem Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen eine Voranmeldung von Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb vom 1. Dezember 2017 bis 28. Februar 2018 ein. Gemäss Angaben in der Voranmeldung beschäftigte das Unternehmen sechs Mitarbeitende inklusive eines Lernenden. Voraussichtlich würden drei Personen zu 70 Prozent nicht beschäftigt werden können. Zur veränderten Auftragslage wurde ausgeführt, es seien in den letzten Monaten nur wenige Aufträge eingegangen. Gemäss dem amtlich beglaubigten Handelsregisterauszug vom 7. Dezember 2015 ist der Zweck des Unternehmens A.____ AG der Betrieb einer Werkstätte mit den Abteilungen Spenglerei und sanitäre Anlagen (act. G 4.2/A3).

A.b Mit Schreiben vom 20. November 2017 ersuchte das Amt für Wirtschaft und Arbeit die A.____ AG um weitere Angaben zum geltend gemachten Arbeitsausfall und zum Umsatz des 3. Quartals 2017 (act. G 4.2/A1).



A.c Mit E-Mail vom 29. November 2017 erteilte der Geschäftsführer B.____ Auskunft zum Umsatz des 3. Quartals 2017, welcher Fr. 127'060.-- betrage. Gleichzeitig teilte er mit, dass einem Mitarbeiter gekündigt werden müsse, da bis zum 30. November 2017 vermutlich der Entscheid des Amtes für Wirtschaft und Arbeit noch nicht vorliegen werde. Als Grund für den möglichen Arbeitsausfall wurde sodann im E-Mailverkehr (E-Mail vom 21. und 30. November 2017) der zehn Monate dauernde Spitalaufenthalt des Geschäftsführers genannt. Auf Grund dieser krankheitsbedingten Abwesenheit habe es am Kundenkontakt gefehlt, und komplizierte Abrechnungen seien nicht gemacht worden. Weiter führte der Geschäftsführer aus, dass für das 4. Quartal 2017 ein Umsatz von mindestens Fr. 190'000.-- zu erwarten sei. Es bestehe noch ein Anspruch im Betrag von Fr. 10'000.-- gegenüber der C.____ in D.____. Somit sei nicht von einem Umsatzeinbruch auszugehen (act. G 4.2/A6).

A.d Das Amt für Wirtschaft und Arbeit wies den Geschäftsführer der A.____ AG mit E-Mail vom 30. November 2017 darauf hin, dass ein Spitalaufenthalt des Geschäftsführers als zum normalen Betriebsrisiko gehörend zu erachten sei und deshalb voraussichtlich Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung erhoben werde. Zur Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme gewährte das Amt für Wirtschaft und Arbeit dem Geschäftsführer eine nochmalige Frist bis 12. Dezember 2017 (act. G 4.2/A6). Gleichentags, am 30. November 2017, teilte der Geschäftsführer der A.____ AG dem Amt für Wirtschaft und Arbeit per E-Mail mit, dass er auf eine Kurzarbeitsentschädigung verzichte und einem Mitarbeiter kündigen werde. Im Weiteren hielt der Geschäftsführer nochmals fest, dass kein Umsatzrückgang vorliege. Aufträge des Bundes würden sehr kurzfristig eingehen, und es seien Offerten von über Fr. 300'000.-- ausstehend (act. G 4.2/A6).

A.e Mit Eingabe vom 4. Dezember 2017 teilte der Geschäftsführer der A.____ AG mit, dass an der Voranmeldung vom 17. November 2017 festgehalten werde. Im Jahr 2017 sei trotz krankheitsbedingter Abwesenheit des Geschäftsführers ein guter Umsatz erzielt worden. Der Umsatz betrage in diesem Jahr ca. Fr. 550'000.--. Ferner wurde angegeben, dass einem Mitarbeiter gekündigt worden sei. Der Auftragsrückgang erkläre sich damit, dass in der Umgebung D.____ viel weniger Baugesuche ausgeschrieben worden seien und dass die vielen versandten Offerten noch nicht den



St.Galler Gerichte

gewünschten Effekt erzielt hätten. Die Auftragslage werde sich stark verbessern, wenn die Budgets für das Jahr 2018 bewilligt seien (act. G 4.2/A8).

A.f Mit E-Mail vom 12. Dezember 2017 unterbreitete das Amt für Wirtschaft und Arbeit die Voranmeldung von Kurzarbeit der A.____ AG vom 17. November 2017 dem Staatssekretariat für Wirtschaft SECO zur Beurteilung (act. G 4.2/A9). Mit Schreiben vom 18. Dezember 2017 empfahl das SECO auf Grund seiner Einschätzung der Voranmeldung dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, Einspruch gegen die beantragte Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung zu erheben (act. G 4.2/A15).

A.g Mit Verfügung vom 19. Dezember 2017 erhob das Amt für Wirtschaft und Arbeit Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung an die A.____ AG. Begründet wurde der Einspruch im Wesentlichen damit, dass aufgrund der nach wie vor sehr wenigen Informationen keine aussergewöhnlichen Umstände erkennbar seien, die über das normale Betriebsrisiko hinausgehen würden. Die wenigen Angaben würden eher auf Arbeitsausfälle hinweisen, die als branchenüblich zu werten seien. Es könne daher kein anrechenbarer Arbeitsausfall anerkannt werden. Demzufolge sei Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung zu erheben (act. G 4.2/A12).

B.

B.a Gegen diese Verfügung erhob der Geschäftsführer für die A.____ AG mit Schreiben vom 21. Dezember 2017 bzw. 5. und 6. Januar 2018 Einsprache. Sinngemäss beantragte er die Aufhebung der Verfügung vom 19. Dezember 2017 und die erneute Prüfung der Voranmeldung von Kurzarbeit. Der Geschäftsführer machte insbesondere geltend, er habe widerlegt, dass wegen seiner Krankheit und dem damit verbundenen Spitalaufenthalt von zehn Monaten ein markanter Umsatzeinbruch zu verzeichnen sei. Seine Mitarbeiter hätten den Betrieb während seiner Abwesenheit bravourös weitergeführt. Indessen seien die Baugesuche insbesondere auch in D.____ rückläufig (act. G 4.2/A16, A19 und A20).

B.b Mit Einspracheentscheid vom 11. Januar 2018 wies das Amt für Wirtschaft und Arbeit die Einsprache ab. Zur Begründung führte es an, dass die A.____ AG mit den



St.Galler Gerichte

Tätigkeitsbereichen „Sanitär, Spenglerei und Werkleitungen“ im Baunebengewerbe tätig sei. Es würde somit die Rechtsprechung zur Anwendung kommen, welche für die engere und weitere Baubranche gelte. So habe das Bundesgericht in verschiedenen Entscheiden erkannt, dass in dieser Branche Schwankungen der Auftragslage im Jahresverlauf, insbesondere vorübergehende Auftragsrückgänge in den Wintermonaten, die mit einem Arbeitsausfall verbunden seien, durchaus üblich und daher nicht anrechenbar seien. Auch in der Einsprache werde kein aussergewöhnlicher Umstand für einen vorübergehenden Auftragseinbruch vorgebracht. Es müsse somit von einem normalen Betriebsrisiko ausgegangen werden (act. G 1.1).

C.

C.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die vorliegend zu beurteilende Beschwerde vom 15. Januar 2018. Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin beantragt sinngemäss die Bewilligung von Kurzarbeit für die in der Voranmeldung genannte Zeitperiode. Er macht unter anderem geltend, er habe die Behauptung des Beschwerdegegners, dass wegen seines mehrmonatigen Spitalaufenthaltes ein markanter Umsatzeinbruch zu verzeichnen sei, eindeutig widerlegt. Der Betrieb sei auch in Abwesenheit des Geschäftsführers erfolgreich durch die Mitarbeiter weitergeführt worden. Des Weiteren habe einem Mitarbeiter vorsorglich gekündigt werden müssen. Sollte keine Kurzarbeit eingeführt werden können, gelte diese Kündigung. Sodann führt der Vertreter der Beschwerdeführerin aus, dass das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO in seiner Beurteilung vom 18. Dezember 2017 nur die einseitigen Angaben des Beschwerdegegners bestätige. Im Übrigen seien bei der Eidgenossenschaft Offerten von über Fr. 300'000.-- ausstehend. Ebenfalls wird geltend gemacht, dass die Beschwerdeführerin früher für einen Unternehmer aus E.____ etwa zehn Fertighäuser montiert habe. Die letzten Monate seien wegen des steigenden Euros keine Aufträge mehr eingegangen. Pro Haus mache dies etwa Fr. 50'000.-- aus (act. G 1 und G 4.2/A22).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 31. Januar 2018 beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verweist er auf den Einspracheentscheid vom 11. Januar 2018 (act. G 4).

Erwägungen



1.

1.1 Vorliegend umstritten und nachfolgend zu prüfen ist, ob der gemäss Voranmeldung der Beschwerdeführerin vom 17. November 2017 geltend gemachte Arbeitsausfall für den Zeitraum vom 1. Dezember 2017 bis 28. Februar 2018 im Rahmen von Kurzarbeit entschädigungsberechtigt ist.

1.2 Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn unter anderem der Arbeitsausfall anrechenbar und 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 Insolvenzentschädigung [AVIG; SR 837.0]). Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG) und wenn er zudem je Abrechnungsperiode mindestens 10% der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG). Ein Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, 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 AVIG). Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, 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 mit Hinweisen; ARV 1999 Nr. 10 S. 50 E. 2).

1.3 Vorübergehend im Sinne von Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG ist ein Arbeitsausfall dann, wenn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraussehbar ist, dass der Betrieb innert nützlicher Frist wieder zur vollen Beschäftigung zurückkehren kann. Davon ist auszugehen, wenn nicht konkrete Anhaltspunkte die gegenteilige Schlussfolgerung zulassen (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. Basel 2016, Rz 472; BGE 121 V 373 E. 2a). Das Anspruchsmerkmal der nur vorübergehenden Dauer



des Arbeitsausfalls wird vorliegend von der Verwaltung nicht in Frage gestellt. Zu prüfen ist jedoch, ob der Arbeitsausfall anrechenbar im Sinne von Art. 32 AVIG ist bzw. ob diesbezüglich nicht ein Ausschlussgrund im Sinne von Art. 33 AVIG vorliegt.

1.4 Der Begriff der wirtschaftlichen Gründe im Sinne von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG ist nach Lehre und Rechtsprechung weit auszulegen. Wirtschaftliche Gründe für den Arbeitsausfall liegen einerseits vor, wenn die Nachfrage nach den normalerweise von einem Betrieb angebotenen Gütern und Dienstleistungen zurückgeht, und andererseits, wenn Faktoren angesprochen sind, die entweder durch den Markt beeinflusst werden oder sich auf die Stellung eines Produktes auf dem Markt auswirken. Darunter können auch behördliche Massnahmen verstanden werden, wie bei Preiserhöhungen eines Produkts zufolge Wegfalls von Subventionen (BGE 128 V 307 E. 3a; NUSSBAUMER, a.a.O., Rz 479). Der Begriff des wirtschaftlichen Grundes erfasst sowohl konjunkturelle als auch strukturelle Gründe, welche einen Nachfrage- bzw. Umsatzrückgang zur Folge haben (AVIG-Praxis KAE, Rz C2).

1.5 Der auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführende Arbeitsausfall muss auch unvermeidbar sein. Diese kumulative Voraussetzung ist Ausdruck der Schadenminderungspflicht. Vom Arbeitgeber kann verlangt werden, dass er zumutbare Vorkehren zur Abwendung des Arbeitsausfalls trifft. Vermeidbar ist die Kurzarbeit jedoch nicht bereits deshalb, weil der Arbeitgeber ihr durch Personalentlassungen hätte vorbeugen können. Vielmehr muss sich die Annahme der Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls auf hinreichend konkrete Gründe stützen und die Verwaltung muss geeignete zumutbare Massnahmen nennen, die der Arbeitgeber zu ergreifen unterlassen hat. Keine wirtschaftlichen Gründe stellen etwa wetterbedingte, technische oder in der Person des Arbeitgebers oder des Kunden liegenden Ursachen (wie Tod, Krankheit oder Unfall) dar (NUSSBAUMER, a.a.O., Rz 480).

1.6 Mit dem eine Kurzarbeitsentschädigung ausschliessenden 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 auf Grund der mit der spezifischen Unternehmertätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen (BGE 119 V 500 E. 1 mit Hinweisen; ARV 2000 Nr. 10 S. 57 f. E. 4b). Dabei kommt dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit massgebende Bedeutung zu. So gehören Arbeitsausfälle, die jeden Arbeitgeber treffen können, zum normalen Betriebsrisiko und sind in der Regel vom Unternehmen zu tragen. Lediglich wenn sie ausserordentlicher oder aussergewöhnlicher Natur sind, sind sie anrechenbar und damit entschädigungsberechtigt. Beschäftigungsschwankungen aufgrund verstärkter Konkurrenzsituation wie auch Arbeitsausfälle im Baugewerbe, welche wegen mangelnder Zahlungsfähigkeit des Bauherrn oder wegen hängiger Einspracheverfahren zu Verzögerungen führen, stellen daher normales Betriebsrisiko dar (NUSSBAUMER, a.a.O., N 485). Das Bundesgericht hat ebenfalls in verschiedenen Entscheiden erkannt, dass bei Bauunternehmungen Schwankungen in der Auftragslage im Jahresverlauf, insbesondere ein Rückgang der Aufträge im Winter, erfahrungsgemäss durchaus üblich sind (Urteil des Bundesgerichts vom 19. Dezember 2003, C 248/03, E. 1; Urteil C 237/06 vom 6. März 2007; Nussbaumer, a.a.O., Rz 487 mit weiteren Hinweisen). Demzufolge ist der darauf zurückzuführende Arbeitsausfall saisonal und betriebsüblich und gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG nicht anrechenbar.

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin begründete den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung im Verwaltungsverfahren zunächst damit, dass der zehnmonatige Spitalaufenthalt des Geschäftsführers ein Grund für den möglichen Arbeitsausfall sein könnte, weil dadurch direkte Kundenkontakte gefehlt hätten (vgl. E-Mail vom 21. und 30. November 2017, act. G 4.1/A6). Im Beschwerdeverfahren wird diese Begründung für die Einführung von Kurzarbeit zu Recht nicht mehr vorgebracht. Denn eine krankheitsbedingte Abwesenheit des Geschäftsführers kann nicht zu einem wirtschaftlich begründeten Arbeitsausfall führen. Vielmehr liegt es an der Unternehmung, sich so zu organisieren, dass auch bei krankheitsbedingtem Ausfall eines Geschäftsführers der Kundenkontakt aufrechterhalten bleiben kann. Im Übrigen machte die Beschwerdeführerin schon in der Eingabe vom 4. Dezember 2017 geltend, trotz krankheitsbedingter Abwesenheit des Geschäftsführers sei im Jahr 2017 ein guter Umsatz erzielt worden, der noch in der "Toleranz der vergangenen Jahre" liege (act. G 4.1/A8).



2.2 Im Weiteren begründet die Beschwerdeführerin den Antrag auf Einführung von Kurzarbeit damit, dass im Raum D.____ ein Rückgang der Baugesuche festzustellen sei; ausserdem fehle die Auftragserteilung bzw. Rückmeldung nach vielen Offertstellungen. Gemäss ihren Angaben in Ziffer 9 der Voranmeldung ist die Beschwerdeführerin in den Bereichen „Sanitär, Spenglerei und Werkleitungen“ tätig, womit ihre Unternehmung dem Baunebengewerbe angehört (act. G 4.2/A3; vgl. auch amtlich beglaubigter Handelsregisterauszug vom 7. Dezember 2015, act. G 4.2/A3). Schwankungen bei der Anzahl von Baugesuchen und entsprechend Rückgänge bei den Aufträgen bzw. fehlende Rückmeldungen auf zugestellte Offerten sind nach der in E.1.6 erwähnten Rechtsprechung für Bauunternehmungen als branchenüblich zu werten. Ein vorübergehender Auftragseinbruch, der mit einem Arbeitsausfall verbunden ist, gehört demnach zum betriebsüblichen Arbeitsausfall, der jeden Arbeitgeber des Bauhaupt- und des Baunebengewerbes treffen kann. Vorliegend reichte der Beschwerdeführer am 17. November 2017 dem Beschwerdegegner eine Voranmeldung von Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb vom 1. Dezember 2017 bis 28. Februar 2018 ein, also genau in den Wintermonaten, in denen ein Rückgang der Aufträge üblich sein kann. Der geltend gemachte Rückgang der Baugesuche im Raum D.____ und die fehlenden Auftragserteilungen nach Offertstellung sind mithin als betriebsüblicher Arbeitsausfall zu werten und nicht anrechenbar (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG).

2.3 In den Beschwerdeeingaben vom 11./15. Januar 2018 macht die Beschwerdeführerin sodann geltend, früher für einen Unternehmer aus E.____ rund 10 Fertighäuser im Jahr montiert zu haben. In den letzten Monaten seien keine Aufträge mehr eingegangen, weil der Euro so gestiegen sei. Die Fertighäuser seien um Fr. 50'000.-- teurer geworden, weshalb die Nachfrage zusammengebrochen sei. Es trifft zu, dass der Euro im Vergleich zum Schweizer Franken im zweiten Halbjahr 2017 stärker geworden ist (vgl. Wechselkursentwicklung EUR-CHF in www.finanzen.ch/waehrungsrechner). So bestand am 3. Juli 2017 ein Wechselkurs von 1.0952, während der Wechselkurs am 31. Dezember 2017 1.1698 betrug. Die Kursschwankungen in diesem Zeitraum waren jedoch nicht ausserordentlich. Wie das Bundesgericht erkannt hat, gehören Währungsschwankungen in der Bandbreite von weniger als 10% gegenüber dem längere Zeit üblichen Wechselkurs jedenfalls zum normalen Betriebsrisiko (vgl. Urteil des Bundesgerichtes vom 28. September 2012, 8C_267/2012, E. 3.3). Ohnehin ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin keinerlei Belege



St.Galler Gerichte

anführt, weshalb sie auf Grund des 2017 gestiegenen Eurokurses erhebliche Umsatzeinbussen bzw. einen anrechenbaren Arbeitsausfall hinnehmen musste. Aus der geltend gemachten Währungssituation vermag die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

2.4 Aussergewöhnliche oder ausserordentliche Umstände, welche ausnahmsweise zu einer Entschädigungsberechtigung führen könnten, sind aus den vorliegenden Akten nicht ersichtlich. Es muss somit von einem normalen Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG ausgegangen werden.

2.5 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.