

# **BGE 128 V 305**

Bundesgericht (BGE), 2002-06-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_128 V 305](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_128_V_305)

FR: ATF 128 V 305

IT: DTF 128 V 305

## **Regeste**

Regeste Art. 32 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 und 2 AVIV: Anrechenbarer Arbeitsausfall; vom Arbeitgeber nicht zu vertretende andere Umstände. Die Anbieterin von Canyoning-Touren, die wegen des von den Behörden zweier Staaten und von den Angehörigen der am 27. Juli 1999 im Saxetbach (Berner Oberland) tödlich verunglückten Menschen ausgeübten Drucks auf die Durchführung ihrer Dienstleistung verzichtet, erleidet einen anrechenbaren Arbeitsausfall, der durch nicht von ihr zu vertretende Umstände verursacht worden ist. Art. 32 Abs. 1 lit. a und Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG: Unvermeidbarer Arbeitsausfall; normales Betriebsrisiko. Mit der aussergewöhnlichen und beispiellosen Entwicklung der Geschehnisse im Frühjahr nach dem Unglück vom Sommer 1999 musste die Versicherte nicht rechnen, weshalb sich ein ausserhalb des normalen Betriebsrisikos liegender, unvermeidbarer Sachverhalt verwirklicht hat.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das kantonale Gericht hat die massgeblichen Bestimmungen zur Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles ( Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG ), zum normalen Betriebsrisiko ( Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG ) und zur Branchen-, Berufs- oder Betriebsüblichkeit von Arbeitsausfällen ( Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG ) richtig wiedergegeben. Darauf wird verwiesen. Zu ergänzen ist, dass Arbeitsausfälle auch dann anrechenbar sind, wenn sie auf behördliche Massnahmen, auf wetterbedingte Kundenausfälle oder auf andere, vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände, insbesondere Transportbeschränkungen oder Sperrungen von Zufahrtswegen oder Elementarschadenereignisse, zurückzuführen sind ( Art. 32 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 2 lit. c und e AVIV ). Sie sind nicht anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder einen Dritten für den Schaden haftbar machen kann ( Art. 51 Abs. 1 AVIV ).

### **E. 2**

Umstritten und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin vom 1. bis 31. Mai 2000 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hat. (...)

### **E. 3**

a) Die Rechtsprechung hat den Begriff des wirtschaftlichen Grundes gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG im Einklang mit dem Schrifttum weit ausgelegt und es insbesondere abgelehnt, wirtschaftliche von strukturellen Gründen abzugrenzen (ARV 2000 Nr. 10 S. 56 Erw. 4a, mit Hinweisen). Wirtschaftliche Gründe liegen vor, wenn Faktoren angesprochen sind, die entweder direkt durch den Markt beeinflusst werden oder sich auf die Stellung eines Produktes auf dem Markt auswirken. Darunter können auch behördliche Massnahmen, wie

bei Preiserhöhungen eines Produkts zufolge Wegfalls von Subventionen, verstanden werden. b) Es erscheint in casu fraglich, ob wirtschaftliche Gründe zum Arbeitsausfall im Unternehmen der Versicherten geführt haben. Es ist eher davon auszugehen, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch ihre Konkurrentin im Frühjahr 2000 beabsichtigten, den BGE 128 V 305 S. 308 Betrieb des Canyoning im Saxetbach wieder aufzunehmen, und beide für Mai 2000 eine genügende Nachfrage nach ihren Leistungen erwarteten. Die Tatsache, dass der Betrieb im Juni 2000 wieder aufgenommen werden konnte, deutet darauf hin, dass eine Nachfrage nach der angebotenen Dienstleistung bereits im Mai 2000 bestanden hätte. Die Frage kann indessen offen bleiben, da andere Gründe zur Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles führen (nachstehende Erw. 4).

#### **E. 4**

Gemäss Art. 51 Abs. 1 AVIV sind Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder wenn er keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann. Der Bundesrat hat in Art. 51 Abs. 2 AVIV einen Katalog derartiger Arbeitsausfälle aufgestellt. Die Aufzählung ist nicht abschliessend. a) Gemäss den damaligen Presseberichten haben die beiden Hauptanbieter im April 2000 auf die Durchführung des Canyoning im Saxetbach vorläufig "verzichtet". Von einem freiwilligen Verzicht kann indessen nicht gesprochen werden. Die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern hat der Beschwerdeführerin am 14. April 2000 die Empfehlung zukommen lassen, mit der Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit in der Saxetschlucht mit Rücksicht auf die Gefühle und die Empörung der betroffenen Angehörigen zuzuwarten. In der Folge lud die Volkswirtschaftsdirektion zu Gesprächen ein. Neben Vertretern des Kantons nahmen daran auch Mitarbeiter des Bundes teil. Aus den Protokollen ergibt sich, dass den Anbietern nahegelegt wurde, von der Wiederaufnahme der Canyoning-Touren vorläufig abzusehen. Der Vertreter des EDA verglich die Situation mit derjenigen nach dem Luxor-Attentat. Dies deutet darauf hin, dass der erneute Betrieb des Canyoning den nationalen Interessen widersprochen und dem Ruf des Berner Oberlandes als Tourismusregion geschadet hätte. Der Vertreter des KIGA hielt denn auch in seiner Notiz vom 5. Mai 2000 fest, dass die Firmen auf Grund der Lagebeurteilung an sich bereit gewesen seien, den Betrieb des Canyoning im Saxetbach zu verschieben oder darauf gänzlich zu verzichten. Es ist demnach festzustellen, dass den Anbietern im April 2000 seitens kantonaler und eidgenössischer Behörden nahegelegt wurde, einstweilen keine Canyoning-Touren durchzuführen. Eine entsprechende Verfügung wurde zwar nicht erlassen, die Beschwerdeführerin BGE 128 V 305 S. 309 und ihre Hauptkonkurrentin standen jedoch unter erheblichem Druck von Behörden und Öffentlichkeit. Es kann daher nicht gesagt werden, sie hätten auf die angebotene Dienstleistung freiwillig verzichtet. Die Umstände, die zur Intervention der Behörden geführt hatten (Unfall vom Sommer 1999 und dessen Folgen), waren nicht von der Beschwerdeführerin zu vertreten, weshalb die damit im Zusammenhang stehenden Arbeitsausfälle grundsätzlich anrechenbar sind, soweit sie nicht aus besonderen Gründen (nachstehende Erw. 4b) von der Arbeitgeberin zu tragen sind. b) Gemäss Art. 51 Abs. 1 AVIV sind die Arbeitsausfälle nicht anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden kann. Die Bestimmung stützt sich auf Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG, wonach Arbeitsausfälle nur anrechenbar sind, wenn sie unvermeidbar sind. Nach der Rechtsprechung gelten sodann die Einschränkungen von Art. 33 AVIG sowohl für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles aus wirtschaftlichen Gründen als auch zufolge eines unter Art. 32 Abs. 3 AVIG in

Verbindung mit Art. 51 AVIV fallenden Sachverhaltes ( BGE 121 V 374 Erw. 2; ARV 2002 S. 60 Erw. 1). aa) Die Vorinstanz ist der Auffassung, die Beschwerdeführerin habe mit Schwierigkeiten hinsichtlich der Wiederaufnahme der Touren im Saxetbach rechnen müssen. Ein auf Canyoning spezialisiertes Unternehmen sei derart saison- und wetterabhängig, dass sich, falle der einzige im Mai begehbar Bach, aus welchen Gründen auch immer, aus, ein spezifisches Betriebsrisiko realisiere, welches nicht unvermeidbar sei. Das kantonale Gericht stützt sich damit auf Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG . Wetterbedingte Einflüsse auf die Durchführung von Aktivitäten in freier Natur gehören zwar durchaus zum normalen Betriebsrisiko. Daraus kann indessen nicht geschlossen werden, ein Arbeitsausfall sei stets dann nicht anrechenbar, wenn ein Bach "aus welchen Gründen auch immer" nicht benutzt werden könne. So ist ein Arbeitsausfall insbesondere anrechenbar, wenn er durch Transportbeschränkungen oder Sperrung von Zufahrtswegen verursacht wird ( Art. 51 Abs. 2 lit. c AVIV ) oder wie in casu durch andere, nicht von der Arbeitgeberin zu vertretende Umstände begründet ist. bb) Ebenso wenig überzeugt der Standpunkt des seco, es habe sich ein Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG verwirklicht, weil die Beschwerdeführerin auf Grund des tragischen Unfallereignisses im Juli 1999 mit Schwierigkeiten bei der Wiederaufnahme ihres Betriebes habe rechnen müssen. Zwar trifft es zu, BGE 128 V 305 S. 310 dass die Nachfrage nach Extremsportarten durch tragische Unfälle beeinflusst werden kann. Solche Ereignisse führen aber nicht notwendig zu einer tieferen Nachfrage, sondern können auch den gegenteiligen Effekt haben. Mit derartigen Schwankungen hat ein Anbieter in der Tat zu rechnen. Im vorliegenden Fall verhielt es sich indessen anders: Erst 10 Monate nach dem Unglück vom Juli 1999, nämlich im April 2000, regte sich gegen die Wiederaufnahme des Canyoning im Saxetbach Widerstand von Seiten der Angehörigen, der Medien und Behörden. Diese Entwicklung der Geschehnisse war aussergewöhnlich. Vergleichbare Fälle sind nicht bekannt. Die Beschwerdeführerin hatte daher mit einem derartigen Verlauf nicht zu rechnen, und es kann nicht gesagt werden, dieser sei branchen- oder betriebsüblich gewesen oder habe zum normalen Betriebsrisiko gehört. cc) Das seco wendet weiter ein, die Beschwerdeführerin hätte die Arbeitsausfälle vermeiden und auf andere Bäche ausweichen oder andere Aktivitäten anbieten können. Aus den Akten ist indessen ersichtlich, dass andere Bäche im Monat Mai gewöhnlich nicht begehbar sind und dass die Beschwerdeführerin andere Aktivitäten (Bungeejumping) angeboten hat. Mit dem KIGA ist festzustellen, dass kurzfristig keine Massnahmen ergriffen werden konnten, um die Arbeitsausfälle zu kompensieren. dd) Das seco hält der Beschwerdeführerin zudem vor, ihre Arbeitsausfälle seien durch Ersatzzahlungen des Kantons Bern gedeckt worden. In der Tat sind Beiträge aus dem Tourismusfonds des Kantons Bern zugesprochen worden, die jedoch bloss die Fortbildung von Führern zur Verbesserung der Sicherheitsvorkehrungen betrafen. Ersatzzahlungen für Löhne sind gemäss Schreiben des zuständigen kantonalen Amtes für Entwicklung vom 11. Mai 2000 nicht geleistet worden. ee) Schliesslich bringt das seco vor, die Beschwerdeführerin habe die auf Abruf eingestellten Mitarbeiter zu Lasten der Arbeitslosenversicherung ab April 2000 mit vertraglich garantierter Arbeitszeit weiterbeschäftigt. Das KIGA hat in seinem Schreiben vom 16. März 2000 angeordnet, dass die Beschwerdeführerin Grundlöhne von mindestens Fr. 3000.- bis Fr. 3500.- monatlich zu bezahlen hat. Zu Recht macht das Unternehmen geltend, dass es dadurch gezwungen war, die ausländischen Mitarbeiter mit einem zugesicherten vollen Arbeitspensum zu beschäftigen, ansonsten die fremdenpolizeiliche Arbeitsbewilligung verweigert worden wäre. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass mit der Kurzarbeitsentschädigung die BGE 128 V 305 S. 311 Verhütung von Arbeitslosigkeit als

Folge vorübergehender Arbeitsausfälle angestrebt wird und daher der Ausschluss strukturell bedingter Arbeitsausfälle als fragwürdig erschiene.

#### **E. 5**

Mithin sind die Voraussetzungen für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles gegeben, weshalb der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben ist. Die Verwaltung wird die weiteren Voraussetzungen für die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung zu prüfen haben. Dabei wird sie die Frage, ob wetterbedingte Umstände eine Begehung des Saxetbaches im Mai 2000 überhaupt zulassen, beantworten müssen. Die Beschwerdeführerin konnte nämlich nicht ohne weiteres damit rechnen, dass dies im Monat Mai überhaupt möglich war. Liessen die meteorologischen Verhältnisse die Begehung nicht zu, fällt der damit zusammenhängende Arbeitsausfall unter saisonale Beschäftigungsschwankungen im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG und ist daher nicht anrechenbar. Ebenfalls zu prüfen haben wird die Verwaltung die Frage, ob der Arbeitsausfall in Folge des Schadenereignisses nicht durch eine private Versicherung gedeckt war ( Art. 51 Abs. 4 AVIV ).

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