

BGer C 237/01 vom 4. Juli 2003

Bundesgericht, 2003-07-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_237_01

FR: TF C 237/01 du 4 juillet 2003

IT: TF C 237/01 del 4 luglio 2003

Regeste

Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 1.1

Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch die Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG). Ein Arbeitsausfall ist u.a. 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). Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, der durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a 2 . Satzteil AVIG).

E. 1.2

Gemäss Art. 32 Abs. 3 AVIG regelt der Bundesrat für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die u.a. auf behördliche Massnahmen oder auf andere vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen sind. Solche Arbeitsausfälle sind laut Art. 51 Abs. 1 AVIV anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann. Der Arbeitsausfall ist insbesondere anrechenbar, wenn er durch Elementarschadenereignisse verursacht wird (Art. 51 Abs. 2 lit. e AVIV). Der Arbeitsausfall wegen eines Schadenereignisses ist nicht anrechenbar, so lange er durch eine private Versicherung gedeckt ist. Hat sich der Arbeitgeber gegen einen solchen Arbeitsausfall nicht versichert, obwohl dies möglich gewesen wäre, so ist der Arbeitsausfall frühestens nach Ablauf der für das einzelne Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist anrechenbar (Art. 51 Abs. 4 AVIV).

E. 1.3

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 (ARV 2000 Nr. 10 S. 56 Erw. 4a mit Hinweisen; Thomas Nussbaumer, Die Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], S. 151 Rz 392). Mit dem normalen Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a 2 . Satzteil 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 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 auf Grund der mit der spezifischen Betriebstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen (BGE 119 V 500 Erw. 1 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Schrifttum).

E. 2

Streitig ist, ob der am 9. Januar 1996 erfolgte geologische Niederbruch (Material- und Wassereinbruch) auf wirtschaftliche Gründe (Art. 32 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 AVIG) zurückzuführen ist und bei einer auf Tunnelbauten spezialisierten Unternehmung zum normalen Betriebsrisiko (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG) gehört.

E. 2.1

Gemäss den Feststellungen des kantonalen Gerichts wurde am 2. Dezember 1995 der Vortrieb der Tunnelbohrmaschine (mit Tübbingeinbau) bei Tunnelmeter 953 durch einen massiven Material- und Wassereinbruch blockiert. Nach der Durchführung diverser Sanierungsmassnahmen wurden die Vortriebsarbeiten am 9. Januar 1996 wieder aufgenommen. Dabei breitete sich der Verbruch beim ersten Drehversuch bis zur Oberfläche aus (Überdeckung ca. 35 m). Es entstand ein Tagbruch. Bei dem durch diesen Vorfall bedingten Arbeitsausfall in der Zeit ab 9. Januar 1996 handelt es sich nach Auffassung des kantonalen Gerichts nicht um einen Ausfall, der auf die Konjunktur, mithin die Wirtschaftslage, zurückzuführen oder strukturell bedingt ist. Vielmehr habe er einen technischen Hintergrund, womit feststehe, dass es an der erforderlichen wirtschaftlichen Motivation im Sinne der Rechtsprechung (vgl. Erw. 1.3 hievor) fehle. Dieser Betrachtungsweise ist beizupflichten. Unwägbarkeiten geologischer Art sind nicht zu den wirtschaftlichen Gründen zu zählen. Ausserdem stellen technische Ursachen keine wirtschaftlichen Gründe dar (Nussbaumer, a.a.O., S. 152 Rz 393 in fine). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 119 V 500 Erw. 2a die Frage des Vorliegens wirtschaftlicher Gründe nicht bejaht, sondern gerade offen gelassen, weil sich auf Grund des Rückgriffs auf Art. 51 Abs. 2 lit. e AVIV (Elementarschadenereignis) die grundsätzliche Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles ergab. Diese grundsätzliche Anrechenbarkeit ist auch im vorliegenden Fall zu bejahen, weil der Material- und Wassereinbruch - was das kantonale Gericht übersehen hat - als Elementarschadenereignis im Sinne von Art. 51 Abs. 2 lit. e AVIV qualifiziert werden muss.

E. 2.2

Zu prüfen ist daher im Folgenden die Frage des Betriebsrisikos, nämlich ob die auf Grossprojekte des Tunnelbaus spezialisierten Unternehmungen, wie die in der Arbeitsgemeinschaft X. _____ zusammengeschlossenen Firmen, ein der Grösse des Projekts entsprechendes, in geologischen Unwägbarkeiten liegendes Restrisiko - ohne Rücksicht auf dessen Wahrscheinlichkeit oder vorherige Erkennbarkeit - hinzunehmen haben. Dabei ist bei der Bestimmung des normalen Betriebsrisikos unter dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit einzelfallweise vorzugehen und dem besonderen Risikogehalt derartiger Grossbauprojekte mit Bezug auf Art. 33 Abs. 1 lit. a zweiter Satzteil AVIG immerhin in der Weise Rechnung zu tragen, als an die vorgängigen Erhebungen entsprechend strenge Anforderungen zu stellen sind (BGE 119 V 500 Erw. 1 in fine und

501 Erw. 3). Nach dem Schlichtungsvorschlag (Entwurf vom 11. Mai 1998) war die in der Grundkonzeption als Hartgesteinsmaschine mit Schild ausgelegte eingesetzte Tunnelbohrmaschine für die Bewältigung der "prognostizierten nicht standfesten Störungszonen" nicht hinreichend ausgestattet. So gehen die Schlichter insbesondere davon aus, dass die in den Prognosen beschriebenen geotechnisch-hydrogeologischen Verhältnisse bei der Planung und Konzeptionierung des Tunnelbohrmaschinenvortriebes nicht genügend berücksichtigt worden seien (z.B. Injektionsmöglichkeiten in Störzonen, Verklebungen, Bergwasserentspannungen etc.). Verfahrenstechnische Risiken in den prognostizierten Bruchzonen seien unterschätzt oder gar nicht erkannt worden. Schliesslich habe man Massnahmen zur Bewältigung von Störzonen beim Vortrieb mit der Tunnelbohrmaschine im Vortriebskonzept ungenügend gewürdigt und nur unvollständig in die Maschinenausstattung einfließen lassen. Die prognostizierten Störzonen in den geologischen und geotechnischen Berichten hätten nämlich die Berücksichtigung und Planung von Massnahmen und Zusatzausrüstungen in der Tunnelvortriebsmaschine erfordert. Insgesamt erscheine somit, dass ein wesentliches Versäumnis der ARGE bei der Aufstellung des Pflichtenheftes zur Konzeption der Zusatzmassnahmen vorliege. Die Schlichter werfen der ARGE im Weiteren auch Defizite bei der Bauausführung vor. Die vorgenommenen Injektionsmassnahmen als Voraussicherungen hätten die schwierigen geologischen Verhältnisse nicht bewältigen können. Als weiteres Manko werden die diversen vermeidbaren Maschinenstillstände genannt. Im Weiteren hätten bei sachlicher Untersuchung und Würdigung der Situation die Arbeiten über die Weihnachtstage und den Jahreswechsel 1995/96 nicht eingestellt werden dürfen. Das Gebirge habe sich in dieser Zeit derart entfestigen können, dass der eigentliche Verbruch bei Aufnahme der Arbeiten nach der Weihnachtspause zwangsläufig habe auftreten müssen. Betriebsbedingte lange Stillstände (z.B. Feiertagspausen) in kritischen Gebirgszonen hätten erfahrungsgemäss schon häufig im Tunnelbau zur Auslösung von Setzungsschäden und Verbrüchen beigetragen. Schliesslich gelte es im Falle, wo sich zeitlich längere Reparaturen, bei der die Standzeit des Gebirges überschritten werde, abzeichnen würden, Zusatzmassnahmen zur Stabilisierung des Gebirges zu ergreifen. Dies sei aber nach der Aktenlage nicht in ausreichender Form erfolgt.

E. 2.3

Das kantonale Gericht schloss aus den Äusserungen der Schlichter, dass sich alle am Tunnelbauprojekt Beteiligten, mithin auch die Beschwerdeführerin, durchaus darüber im Klaren waren oder hätten sein sollen, dass erschwerende geologische Verhältnisse vorlagen. Die Störzonen seien daher erkennbar gewesen. Gleichwohl sei ihnen aber nicht oder nicht in ausreichender Form Rechnung getragen worden (insbesondere ungenügende Konzeption und Ausstattung der Maschine, keine Störfallanalyse, ungenügend ausgebildetes Personal, heikle Betriebsunterbrüche etc.). Zudem fehlten in der Schweiz entsprechende Erfahrungen im Zusammenhang mit derart entfestigtem Gebirge in Bezug auf einen Tunnelbohrmaschineneinsatz in vergleichbarer Art wie beim Tunnel Y._____. Umso mehr sei Vorsicht geboten und umso nötiger wäre beispielsweise eine umfassende Störfallanalyse mit dem entsprechenden Massnahmenkatalog gewesen. Wer aber eine nicht erprobte Technik anwende, mithin technisches Neuland betrete, nehme bewusst Risiken in Kauf, deren Verwirklichung nicht zu Lasten der Sozialversicherung gegen dürfe. Es müsse daher insgesamt davon ausgegangen werden, dass einerseits erkennbaren Störfaktoren zu wenig Rechnung getragen und dass andererseits eine unerprobte Technik ohne genügende Vorsichtsmassnahmen eingesetzt worden sei. Der Vorfall vom 9. Januar 1996 sei daher im

Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorhersehbar gewesen und gehöre zum gewöhnlichen Betriebsrisiko des Arbeitgebers.

E. 2.4

Diesen vorinstanzlichen Erwägungen pflichtet das Eidgenössische Versicherungsgericht bei. Sie beruhen auf einer überzeugenden Beweiswürdigung und einer sorgfältigen Abwägung der verschiedenen Gesichtspunkte. Zu Recht hat dabei das kantonale Gericht auf die Ergebnisse im Entwurf des Schlichtungsvorschlags vom 11. Mai 1998 abgestellt. Auf Grund der darin enthaltenen technischen und juristischen Wertungen durfte es insgesamt davon ausgehen, dass zum einen die erkennbaren Störfaktoren zu wenig berücksichtigt und zum andern eine unerprobte Technik ohne genügende Vorsichtsmassnahmen verwendet worden waren. Zwar räumen die Schlichter durchaus ein, dass die geologischen und geotechnischen Verhältnisse sich wesentlich anders als wie durch die Auftraggeberin prognostiziert dargestellt haben. Sie erwähnen indessen auch, dass die Ausschreibungsunterlagen allgemeine Hinweise auf gestörte geologische Verhältnisse, insbesondere auch auf gespannte Grundwasser enthielten. Sie sind dennoch der Auffassung, dass die Mehraufwendungen nicht einzig auf die Geologie und die entsprechenden Prognosen, sondern auch auf den Bereich der Planung, Ausschreibung und Vergabe sowie der Bauausführung zurückzuführen seien, in welchen Bereichen sie eine Mitverantwortung der Beschwerdeführerin orteten (vgl. Erw. 2.2 hievor). Diese hat es damit im Unterschied zu dem in BGE 119 V 498 beurteilten Fall an der aufzuwendenden Sorgfalt fehlen lassen und es sind ihr auch sonstige Versäumnisse vorzuwerfen. In diesem Entscheid lehnte es zwar das Eidgenössische Versicherungsgericht ab, dass auf Grossprojekte des Tunnelbaus spezialisierte Unternehmungen ein der Grösse des Projekts entsprechendes, in geologischen Unwägbarkeiten liegendes Restrisiko generell hinzunehmen haben. Die Vorhersehbarkeit bestimmter Gefahren dürfe nur dann verneint werden, wenn die davon betroffene Unternehmung die ihr zumutbaren Abklärungen vorgenommen habe (BGE 119 V 501 Erw. 3). Wer jedoch - wie hier - im Tunnelbau in geologisch und hydrogeologisch sehr schwierigem Gelände neue Techniken und Maschinen verwendet und damit technisches Neuland betritt, nimmt bewusst Risiken in Kauf, deren Eintritt - ohne Rücksicht auf dessen Wahrscheinlichkeit oder vorherige Erkennbarkeit - zum normalen Betriebsrisiko gehört. Ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung wäre daher selbst dann zu verneinen, wenn der Beschwerdeführerin wie in dem in BGE 119 V 498 publizierten Fall, weder fehlende Sorgfalt noch sonstige Versäumnisse irgendwelcher Art hätten vorgeworfen werden können. Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

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