

# GR\_GERICHTE S 2022 65 vom 21. Februar 2023

GR Gerichte, 2023-02-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_S\\_2022\\_65](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_S_2022_65)

FR: GR\_GERICHTE S 2022 65 du 21 février 2023

IT: GR\_GERICHTE S 2022 65 del 21 febbraio 2023

## Regeste

Kurzarbeit - PVG 2023 Nr. 3 | Arbeitslosenversicherung

## Erwägungen

### E. 1

Die A.\_\_\_\_\_ GmbH, B.\_\_\_\_\_, bezweckt die Erbringung von Serviceleistungen in den Bereichen Schienenfahrzeuge und Nutzfahrzeuge. Sie reichte erstmals am 19. Oktober 2020 eine Voranmeldung für Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb ein und erhielt in der Zeit vom 29. Oktober 2020 bis zum 28. April 2022 Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt.

### E. 2

Am 19. April 2022 reichte die A.\_\_\_\_\_ GmbH erneut eine Voranmeldung für Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb für die Zeit vom 29. April 2022 bis zum 28. Juli 2022 ein. Als voraussichtlicher prozentualer Arbeitsausfall pro Monat/Abrechnungsperiode wurden 95 % angegeben. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die A.\_\_\_\_\_ GmbH 100 % mit dem öffentlichen Verkehr und somit mit den Bahnunternehmen der gesamten Schweiz eng verbunden sei. Von Kunden zugesicherte Aufträge seien pandemiebedingt auf nicht definierte Zeit verschoben worden. Die A.\_\_\_\_\_ GmbH müsse für die Kunden des öffentlichen Verkehrs auf Abruf bereit und jederzeit aufgestellt sein. Aufgrund der getroffenen Massnahmen des Bundes sei der Arbeitsausfall lediglich vorübergehend.

### E. 2.1

Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, 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). Ob der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und der Arbeitsplatz durch Kurzarbeit erhalten werden kann, kann im Zeitpunkt der Voranmeldung in der Regel nur prognostisch anhand von Vermutungen geprüft werden. Nach der Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass ein Arbeitsausfall wahrscheinlich vorübergehend sein wird und die Arbeitsplätze durch die Einführung von Kurzarbeit erhalten werden können, solange nicht konkrete Anhaltspunkte die gegenteilige Schlussfolgerung zulassen (BGE 111 V 385 f. E.2b). Dabei sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der angefochtenen Einspruchsverfügung prospektiv zu beurteilen (ARV 1989 Nr. 12 S. 124 E.3a).

### E. 2.2

Ein Arbeitsausfall ist u.a. anrechenbar, wenn 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. No-

- 8 - vember 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 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. Solche Arbeitsausfälle sind vorhersehbar und kalkulatorisch im Voraus erfassbar. Anrechenbar ist ein Arbeitsausfall erst dann, wenn er auf ausserordentliche Umstände zurückzuführen ist (Weisung AVIG KAE [AVIG-Praxis KAE], Stand 1. Januar 2023, Herausgeber Staatssekretariat für Wirtschaft [SECO], Rz. D7).

### **E. 2.3**

Mit dem normalen Betriebsrisiko im Sinn 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 Sinn 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 498 E.1 mit Hinweisen).

### **E. 2.4**

Der Zweck der Kurzarbeitsentschädigung besteht darin, einerseits dem Versicherten einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Kurzarbeit zu garantieren und Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Kündigung und Entlassung, zu verhindern. Der Verhütungsgedanke ist dabei sowohl von

- 9 - sozialen und wirtschaftlichen Überlegungen getragen als auch davon, die finanzielle Belastung der Arbeitslosenversicherung, wie sie ihr durch Ganzarbeitslose entsteht, möglichst gering zu halten. Andererseits dient die Kurzarbeitsentschädigung der Erhaltung von Arbeitsplätzen im Interesse sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber, indem die Möglichkeit der Erhaltung eines "intakten Produktionsapparates" über die Zeit der Kurzarbeit hinweg geboten wird (BGE 120 V 526 E.3b). 3. Streitig und zu prüfen ist, ob vorliegend ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht. Dabei stellt sich die Frage, ob der Arbeitsausfall der Beschwerdeführerin zwischen dem 29. April 2022 bis 28. Juli 2022 ein anrechenbarer, d.h. vorübergehender wirtschaftlich bedingter unvermeidbarer, Arbeitsausfall darstellt oder dieser dem normalen Betriebsrisiko zuzurechnen ist.

### **E. 3**

Mit Verfügung vom 28. April 2022 erhob das kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Graubünden (KIGA) gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung

mangels eines vorübergehend wirtschaftlich bedingten Beschäftigungsausfalls Einspruch. Gegen diese Verfügung erhob die A. \_\_\_\_\_ GmbH am 24. Mai 2022 fristgerecht Einsprache. Das KIGA wies mit Entscheid vom 2. Juni 2022 die erhobene Einsprache ab und bestätigte die Verfügung vom 28. April 2022.

#### **E. 4**

Gegen diesen Einspracheentscheid erhob die A. \_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 4. Juli 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und verlangte die Aufhebung des

- 3 - Einspracheentscheids vom 2. Juni 2022 sowie die Auszahlung der ihr ab dem 29. April 2022 zustehenden Kurzarbeitsentschädigungen; alles unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, es werde bestritten, dass sie von einem Hauptkunden oder wenigen Auftraggebern abhängig sei. Sie stehe mit rund zehn Auftraggebern in einer engen Geschäftsbeziehung und decke dabei praktisch alle Gesellschaften des öffentlichen Schienennetzes ab. Arbeitsausfälle, die auf behördlichen Massnahmen basierten und von einem Arbeitgeber nicht abgedeckt werden könnten, seien anrechenbar. Sie könne nicht einfach für einige Monate in einem anderen Geschäftsbereich tätig sein. Der Markt des öffentlichen Schienenverkehrs sei per se in einer gewissen Masse eingeschränkt. All ihre Auftraggeber hätten ihre Aufträge aufgrund der Corona-Pandemie verschoben bzw. zurückgehalten. Ihre Arbeitsausfälle seien in dieser krassen Form weder üblich noch voraussehbar gewesen. Die Ausfälle seien ausserordentlicher Natur und nicht "normal", zumal die Auftraggeber selber vom eigenen Umsatzeinbruch überrascht worden seien und die Steuerzahler dafür geradestehen müssten. Im Übrigen habe sie mehrfach offeriert, allfällige notwendige Unterlagen einzureichen. Der Auftragsrückgang sei jedoch aufgrund der Corona-Pandemie sowie der Dienstleistungen im öffentlichen Schienenverkehr notorisch, weil sämtliche Auftraggeber Verluste eingefahren hätten und diese vorderhand kompensieren müssten. Eine allfällige fehlende Mitwirkungspflicht hätte in Bezug auf Art. 43 Abs. 1 ATSG zuerst abgemahnt werden müssen. Soweit ihr sodann vorgeworfen werde, nicht darzulegen, dass in absehbarer Zeit wieder vermehrt Aufträge zu erwarten seien, übersehe das KIGA, dass sie den Auftraggebern nicht vorschreiben könne, wann die zurückgestellten Aufträge wieder aufgenommen werden sollen. Der Auftrag sei jedoch auf drei Monate beschränkt. Es könne nicht sein, dass sie für die Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung sämtliche Auftraggeber anschreiben müsse und diese im Detail bekannt geben müssten,

- 4 - wann die Aufträge ausgeführt würden. Aus den Erfolgsrechnungen gehe hervor, dass die Dienstleistungserträge nach einem sehr guten Jahr 2019 sukzessive zurückgegangen seien, im Jahr 2021 knapp CHF 93'000.-- und im Jahr 2022 im 1. Quartal eine "Null" betragen hätten, wobei ab Sommer/Herbst wieder Aufträge sollten ausgeführt werden können. Entgegen den Ausführungen des KIGA müsse nicht aufgezeigt werden, dass neue Absatzmärkte erschlossen werden könnten, da die AVIG-Praxis KAE in Ziffer D5 als alternative Voraussetzung dazu vorsehe, dass in absehbarer Zeit die erneute Nachfrage des bisherigen Abnehmers wieder zur Vollbeschäftigung führen werde. Dass dem so sei, sei genügend begründet worden. Ferner sei bekannt, dass aufgrund der Pandemiesituation derzeit eine rezessive Wirtschaftslage vorherrsche. Im vorliegenden Fall seien keine Ausschlussgründe für die Anrechnung eines Arbeitsausfalls vorhanden, womit bereits die Wirtschaftslage als solche den Anspruch rechtfertige.

#### **E. 4.1**

Der Voranmeldung von Kurzarbeit vom 19. April 2022 bzw. der Beantwortung der Fragen im Formular zur Voranmeldung ist zu entnehmen, dass das Unternehmen Dienstleistungen im Unterhalt und Service sowie Umbauarbeiten an Schienenfahrzeugen durchführt und mit dem öffentlichen Verkehr und somit mit den Bahnunternehmen der gesamten Schweiz eng verwurzelt ist. Von Kunden zugesicherte Aufträge seien pandemiebedingt gestoppt und auf nicht definierte Zeit verschoben worden. Die Beschwerdeführerin müsse für die Kunden des öffentlichen Verkehrs auf Abruf bereit und jederzeit aufgestellt sein. Aufgrund der getroffenen Massnahmen des Bundes sei der Arbeitsausfall lediglich vorübergehend (Bf-act. 4).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdegegner verneinte einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für den Zeitraum vom 29. April 2022 bis zum 28. Juli 2022 mit der Begründung, dass aufgrund der Abhängigkeit von der C. \_\_\_\_\_ als Hauptkundin von einem Klumpenrisiko auszugehen sei. Sodann würde die Beschwerdeführerin nicht konkret darlegen, dass in absehbarer Zeit wie-

- 10 - der vermehrt Aufträge zu erwarten seien. Ebenso werde das Erschliessen neuer Absatzmärkte nicht direkt in Betracht gezogen. Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Arbeitsausfall könne folglich insgesamt nicht als ausserordentlich oder aussergewöhnlich bezeichnet werden (vgl. Einspracheentscheid vom 2. Juni 2022 [Bf-act. 7; E.4]).

#### **E. 5**

Mit Stellungnahme vom 25. Juli 2022 verlangte das KIGA (nachfolgend: Beschwerdegegner) die Abweisung der Beschwerde unter gesetzlichen Kostenfolgen. Zur Begründung führte der Beschwerdegegner aus, sämtliche für die Beurteilung der Frage der Branchen- und Betriebsüblichkeit sowie des Betriebsrisikos relevanten Unterlagen seien berücksichtigt worden. Weitere Abklärungen bzw. die Einholung weiterer Unterlagen seien nicht notwendig gewesen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin liessen darauf schliessen, dass sich diese auf einige wenige Auftraggeber stütze. Die Beschwerdeführerin habe die C. \_\_\_\_\_ selbst als Hauptkundin erwähnt. Folglich sei von einem Klumpenrisiko auszugehen. Der Einwand, dass der Markt des Schienenverkehrs in einem gewissen Masse eingeschränkt sei, sei unerheblich. Gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin seien die Dienstleistungserträge nach einem sehr guten Jahr 2019 sukzessive zurückgegangen. Nicht ersichtlich sei allerdings, welche

- 5 - Massnahmen der Betrieb unternommen habe, um die bereits länger andauernden Umsatzrückgänge möglichst zu vermeiden. Solche seien offensichtlich unterlassen worden, obwohl die Beschwerdeführerin aufgrund der Schadenminderungspflicht hierzu gehalten gewesen wäre. Ob die Aufträge, welche im Sommer bzw. Herbst 2022 zu erwarten seien, zu einer Vollbeschäftigung der Arbeitnehmenden führe, werde nicht konkret dargelegt. Schwankungen in der Auftragslage im Jahresverlauf sowie Terminverschiebungen auf Wunsch von Auftraggebern oder aus anderen Gründen seien im Baugewerbe üblich. Der darauf zurückzuführende Arbeitsausfall sei betriebsüblich und deshalb nicht anrechenbar. Diese Praxis sei auch bei einer angespannten, rezessiven Wirtschaftslage anwendbar. Zusammenfassend würden die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Stornierungen oder Verschiebungen von Aufträgen und sinngemäss die schlechte wirtschaftliche Lage keine anrechenbaren Gründe bilden, da sie branchen-

und betriebsüblich seien. Folglich seien die Voraussetzungen eines vorübergehenden wirtschaftlich bedingten Beschäftigungsausfalls nicht erfüllt.

### **E. 5.1**

Der Bezug von Kurzarbeitsentschädigung ist nur dann gerechtfertigt, wenn ein Arbeitsausfall vorliegt, der auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen ist. Dies unter der Voraussetzung, dass die betroffenen Arbeitgeber die Arbeitsausfälle nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen können (vgl. Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 AVIV). Weiter sind Arbeitsausfälle anrechenbar, die auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar sind (vgl. Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung ist in solchen Fällen jedoch nur möglich, wenn die üblichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind und der Arbeitsausfall insbesondere nicht zum normalen Betriebsrisiko gehört (vgl. AVIG-Praxis KAE Rz. D2 ff.).

### **E. 5.2**

Laut der im Zeitpunkt der Verfügung vom 28. April 2022 gültig gewesenen Weisung 2022/06 des SECO «Anpassungen der AVIG-Praxen wegen Covid-19» sind auf die Corona-Pandemie zurückzuführende Arbeitsausfälle wegen rückläufiger Nachfrage nach den angebotenen Dienstleistungen im Sinne von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar (vgl. Rz. D4a). Vorliegend ist allgemein bekannt, dass alle Bahngesellschaften aufgrund der Pandemie bzw. der in diesem Zusammenhang vom Bund erlassenen Massnahmen und dem damit einhergehenden Rückgang des öffentlichen Verkehrs massive Verluste eingefahren haben. So ist der Medienmitteilung der C.\_\_\_\_\_ vom 10. September 2020 zu entnehmen, dass die C.\_\_\_\_\_ im ersten Halbjahr 2020 einen Verlust von CHF 479 Mio. schrieb. Weiter geht

- 11 - aus der Medienmitteilung Folgendes hervor: «Die bereits Ende April eingeleiteten Sparmassnahmen, wie etwa ein Einstellungsstopp für Verwaltungsbereiche, leisten bis Ende Jahr einen Beitrag von rund 250 Millionen Franken. Die diesjährigen Investitionen in die Bereiche IT, Energie und Innovation werden reduziert. Weiter verschiebt die C.\_\_\_\_\_ teilweise Projekte in die Folgejahre.» (vgl. [https://company.C.\\_\\_\\_\\_\\_.ch/de/medien/medienstelle/medienmitteilungen/detail.html/2020/9/1009-1](https://company.C._____.ch/de/medien/medienstelle/medienmitteilungen/detail.html/2020/9/1009-1), zuletzt besucht am: 21. Februar 2023). Auch in der Medienmitteilung der C.\_\_\_\_\_ im Folgejahr 2021 vom 15. März 2021 werden die erwähnten Sparmassnahmen wiederholt: «Die C.\_\_\_\_\_ hat im Frühling 2020 mit Sparmassnahmen auf die Einnahmeausfälle reagiert, etwa mit einem Einstellungsstopp in der Verwaltung, dem Abbau von Gleitzeit- und Ferienguthaben und der Verschiebung respektive Streichung von Projekten und Investitionen. Diese Massnahmen leisteten einen Beitrag in dreistelliger Millionenhöhe. Der operative Bahnbetrieb und die Sicherheit sind durch die Sparmassnahmen nicht tangiert.» (vgl. [https://company.C.\\_\\_\\_\\_\\_.ch/de/medien/medienstelle/medienmitteilungen/detail.html/2021/3/1503-1](https://company.C._____.ch/de/medien/medienstelle/medienmitteilungen/detail.html/2021/3/1503-1), zuletzt besucht am: 21. Februar 2023). Dass die Bahngesellschaften pandemiebedingt die Aufträge gestoppt bzw. verschoben haben und dies – zeitlich verzögert – zu einem Umsatzeinbruch bei der Beschwerdeführerin geführt hat, erscheint demzufolge überwiegend wahrscheinlich erstellt und ergibt sich auch aus den von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Erfolgsrechnungen (Bf-act. 8). Diese weisen für das Jahr 2019 Dienstleistungserlöse in der

Höhe von CHF 339'437.80, im Jahr 2020 noch CHF 207'866.30 und im Jahr 2021 lediglich CHF 93'221.-- auf.

### **E. 5.3**

Per 31. Mai 2021 wurde allerdings die weitgehende Aufhebung diverser behördlicher Massnahmen beschlossen, unter anderem die Öffnung der Innenbereiche von Restaurants und Bars. Auch waren unter anderem wieder die Publikumsveranstaltungen in Innenräumen mit einer Limite von 100

- 12 - Personen und draussen von 300 Personen möglich (vgl. Covid-19-Verordnung besondere Lage, Änderungen vom 31. Mai 2021; AS 2021 300). Per 26. Juni 2021 folgten weitere massgebliche Öffnungsschritte. So wurden unter anderem die Homeoffice-Pflicht und die Maskenpflicht im Freien aufgehoben. Ausserdem konnten in Restaurants wieder beliebig viele Personen zusammensitzen und Grossveranstaltungen mit Zertifikat ohne Beschränkungen von Kapazität und Anzahl Personen stattfinden. Diskotheken und Tanzlokale durften ebenfalls wieder öffnen, wenn auch mit der Zugangsbeschränkung Covid-Zertifikat (vgl. Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 23. Juni 2021; AS 2021 379). Mit diesen Öffnungsschritten nahm auch die Nachfrage im öffentlichen Personenverkehr wieder zu (vgl. Geschäftsbericht 2021 der C.\_\_\_\_\_, auszugsweise wiedergegeben in Bf-act. 4). Inwieweit die behauptete Sistierung sowie Verschiebung der Aufträge der öffentlichen Bahngesellschaften beinahe ein Jahr nach der weitgehenden Aufhebung der behördlichen Massnahmen weiterhin auf die Pandemie zurückzuführen und damit ausserordentlich und vor allem auch von vorübergehender Natur sind, kann anhand der sich bei den Akten befindlichen Belege nicht beurteilt werden. Einerseits fehlt es an Unterlagen zu den behaupteten Aufträgen wie z.B. Offerten und Nachweise der Zusage der Ausführung und andererseits geht aus dem Geschäftsbericht 2021 der C.\_\_\_\_\_ zwar hervor, dass Investitionen z.B. in Rollmaterial vorgesehen sind, allerdings ist dem Bericht auch zu entnehmen, dass diese aus Gewinnen getätigt werden sollen, die mittelfristig erzielt werden sollen (beschwerdegegnerische Beilage [Bg-act.] 113; so auch Geschäftsbericht 2021 der C.\_\_\_\_\_ S. 11 «Paket zur finanziellen Stabilisierung geschnürt», abrufbar unter: [https://company.C.\\_\\_\\_\\_\\_.ch/de/medien/publikationen/geschaefts-nachhaltigkeitsbericht.html](https://company.C._____.ch/de/medien/publikationen/geschaefts-nachhaltigkeitsbericht.html)). Betreffend die Situation der übrigen neun Auftraggeber der Beschwerdeführerin liegt gar nichts bei den Akten. Aus den eingereichten Dokumenten geht insbesondere auch nicht hervor, dass die behaupteten verschobenen Aufträge in absehbarer Zeit wieder

- 13 - durchgeführt werden, obschon offenbar diesbezügliche Korrespondenz mit den Kunden stattfand, wurde bei der Voranmeldung am 19. April 2022 doch angegeben, dass eine stetige Kontaktaufnahme mit den Kunden und Hinterfragung der «Budgetfreigabe» erfolge (vgl. Bg-act. 113). Im Weiteren genügt der blosser Verweis der Beschwerdeführerin auf eine rezessive Wirtschaftslage (vgl. Beschwerde S. 8) nicht, um einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu begründen, zumal die Beschwerdeführerin die Arbeitsausfälle hauptsächlich auf die im Zusammenhang mit der Coronapandemie stehenden Massnahmen des Bundes zurückführt (vgl. AVIG-Praxis Rz. D6b). Ebensowenig ist auf der bisherigen Aktenbasis allerdings das Vorliegen eines Ausschlussgrunds einer Anrechnung des Arbeitsausfalls gemäss AVIG-Praxis KAE Rz. D1 beurteilbar. Insbesondere lässt die aktuelle Aktenlage nicht darauf schliessen, dass der Arbeitsausfall auf Faktoren zurückgeht, die zum normalen Betriebsrisiko gehören. So kann nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass die vorliegenden

Auftragsverschiebungen/-stornierungen nicht (mehr) pandemiebedingt verursacht sind, sondern üblich und vorhersehbar sind und regelmässig sowie wiederholt auftreten, etwa aufgrund jährlich wiederkehrender Auftragsschwankungen, und damit kalkulatorisch erfassbar sind (vgl. AVIG-Praxis KAE Rz. D2 und D6). Zu berücksichtigen gilt dabei, dass das normale Betriebsrisiko nicht nach einem für alle Unternehmensarten allgemeingültigen Massstab bemessen werden darf, sondern in jedem Einzelfall aufgrund der mit der spezifischen Betriebstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen ist (vgl. AVIG-Praxis KAE Rz. D3). Aus diesem Grund kann auch die vom Beschwerdegegner im Zusammenhang mit Schwankungen in der Auftragslage im Jahresverlauf sowie Terminverschiebungen auf Wunsch von Auftraggebern zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung gemäss Urteil C 237/06 vom 6. März 2007, welche

- 14 - sich auf Unternehmen, die im Baugewerbe (Bauhaupt- und Baunebengewerbe) tätig sind, bezieht, nicht per se auf die Beschwerdeführerin angewendet werden.

#### **E. 5.4**

Nach dem Ausgeführten ist festzuhalten, dass die vorliegende Aktenlage keinen Entscheid über den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zulässt. Einerseits kann das Vorliegen eines Ausschlussgrunds einer Anrechnung des Arbeitsausfalls gemäss AVIG-Praxis KAE Rz. D1 nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bejaht werden und andererseits gelingt es der Beschwerdeführerin einzig mit dem von ihr zitierten Geschäftsbericht 2021 der C.\_\_\_\_ ohne weitere Belege nicht, einen anspruchsbegründenden Arbeitsausfall ab 29. April 2022 nachzuweisen. Allerdings ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass für die Kunden der Beschwerdeführerin eine verlässliche Abrufbereitschaft zentral ist, da vorderhand zurückgezogene oder aufgeschobene Projekte jederzeit abgerufen werden können (vgl. Bg-act. 113). Die Beschwerdeführerin anerkennend dem Beschwerdegegner weitere Unterlagen betreffend Buchhaltung und Auftragsvergabe einzureichen (vgl. Einsprache vom 24. Mai 2022 S. 5 [Bg-act. 122]), wobei der Beschwerdegegner hier nicht weiter tätig wurde. Gleichzeitig bringt der Beschwerdegegner jedoch vor, die Beschwerdeführerin belege nicht konkret, dass im Sommer bzw. Herbst 2022 wieder vermehrt Aufträge zu erwarten seien bzw. dass diese Aufträge wieder zu einer Vollbeschäftigung geführt hätten. Gestützt auf die ihm zukommende Auf- und Abklärungspflicht wäre der Beschwerdegegner gehalten gewesen, die Beschwerdeführerin zur Einreichung weiterer Belege zur konkreten Auftragslage bzw. Korrespondenz mit den Auftraggebern aufzufordern, welche Rückschlüsse darauf zulassen, ob der Arbeitsausfall ab 29. April 2022 weiterhin pandemiebedingt und als vorübergehend und unvermeidbar zu betrachten ist. Indem er dies unterlassen hat, ist er seiner

- 15 - Auf- und Abklärungspflicht nicht nachgekommen; dies wird er nachzuholen haben.

#### **E. 5.5**

Der Vollständigkeit halber und im Hinblick auf den nach den getätigten Abklärungen neu zu fällenden Entscheid sei an dieser Stelle noch auf die vom Beschwerdegegner vorgebrachten Argumente des Klumpenrisikos sowie der Schadenminderungspflicht einzugehen. Arbeitsausfälle aufgrund von Auftragsflauten eines Hauptkunden sind nach der Rechtsprechung grundsätzlich dem normalen Betriebsrisiko zuzuordnen, da die Geschäftsbeziehung mit einem Hauptkunden das vorhersehbare Risiko beinhaltet, bei veränderten Verhältnissen einen Umsatzseinbruch zu erleiden (vgl. dazu etwa Urteile des Bundesgerichts 8C\_291/2010 vom 19. Juli 2010 E.4.4 und 8C\_279/2007 vom 17. Januar

2008 E.2.3, je mit Hinweisen). Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang vorbringt, der Markt des öffentlichen Schienenverkehrs sei aufgrund der Anzahl möglicher Auftraggeber per se in einem gewissen Masse eingeschränkt, ist dieser Einwand unbehelflich. Mit dem Entscheid, in einer Branche tätig zu sein, welche nur wenige Auftraggeber umfasst, werden hinsichtlich der Arbeitsausfälle bewusst Risiken in Kauf genommen, deren Verwirklichung nicht zulasten der Arbeitslosenversicherung gehen kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_549/2017 vom 20. Dezember 2017 E.4.2). Gemäss den – seitens des Beschwerdegegners unbestritten gebliebenen – Ausführungen der Beschwerdeführerin beträgt das Auftragsvolumen bei der C.\_\_\_\_\_ 30 %, bei der D.\_\_\_\_\_ AG 20 %, bei der E.\_\_\_\_\_ und den F.\_\_\_\_\_ je 10 % und bei sechs weiteren Auftraggebern je 5 % (vgl. Beschwerde S. 6). Damit ist die C.\_\_\_\_\_ zwar die Hauptkundin, allerdings wird der Grossteil des Umsatzes, mithin 70 %, mit anderen neun Auftraggebern erzielt. Vom einem Klumpenrisiko kann damit nicht die Rede sein. Daran ändert auch der vom Beschwerdegegner zitierte Bundesgerichtsentscheid 8C\_279/2007 vom 20. April 2007 (recte: 17. Ja-

- 16 - nuar 2008) nichts, da der in diesem Entscheid behandelte Fall anders gelagert ist. So machte der Hauptkunde in jenem Fall 40 % des Umsatzes aus und kündigte dieser die Geschäftsbeziehung. Im Übrigen würde die Tatsache, dass sich ein Arbeitgeber auf einen einzigen Gross- oder Hauptauftraggeber konzentriert, für sich alleine nicht genügen, um bei einem Auftragseinbruch den Anspruch mit Hinweis auf das normale Betriebsrisiko zu verneinen. Vielmehr müsste es zusätzlich an der glaubhaften Darstellung durch den Betrieb fehlen, dass in absehbarer Zeit die erneute Nachfrage des bisherigen Abnehmers wieder zu Vollbeschäftigung führen wird oder dass neue Absatzmärkte erschlossen werden können (vgl. AVIG-Praxis KAE Rz. D5). Auch soweit der Beschwerdegegner vorbringt, die Beschwerdeführerin sei ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen und habe konkrete Vorkehrungen, um die drohende Auftrags- bzw. Beschäftigungseinbrüche so gut wie möglich zu verhindern, unterlassen (Stellungnahme Ziff. 4), kann dieser Auffassung nicht beigegeben werden. Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung kann nur verneint werden, wenn hinreichend konkrete Gründe dafür sprechen, dass der Arbeitsausfall vermeidbar gewesen wäre und die geeigneten Massnahmen genannt werden können, welche der Arbeitgeber zu ergreifen unterlassen hat (AVIG-Praxis KAE Rz. C4). Der Beschwerdegegner weist in diesem Zusammenhang lediglich auf die Erschliessung weiterer Absatzmärkte hin. Dies genügt nicht, zumal die Beschwerdeführerin in ihrer Tätigkeit an den gemäss Handelsregistertrag umschriebenen Zweck der Gesellschaft gebunden ist.

6. Nach dem Ausgeführten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 2. Juni 2022 aufzuheben und die Sache zu ergänzenden Abklärungen und neuem Entscheid über die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung ab 29. April 2022 an den Beschwerdegegner zurückzuweisen.

- 17 -

## **E. 6**

Mit Replik vom 12. August 2022 führte die Beschwerdeführerin aus, der Beschwerdegegner sei darauf zu behaftet, dass die Einholung von weiteren Unterlagen nicht als notwendig erachtet worden sei. Damit könne das ihr Gesuch aber nicht mit der Begründung abgelehnt werden, die Rückgänge der Aufträge infolge von finanziellen Ausfällen seien nicht nachgewiesen und es sei auch nicht belegt worden, dass in absehbarer Zeit wieder vermehrt Aufträge zu erwarten seien. Entgegen der Ansicht des

Be- schwerdegegners verfüge sie im Bereich der Erbringung von Serviceleis- tungen in den Bereichen Schienenfahrzeuge sowie Nutzfahrzeuge (im Rollmaterial) über sehr viele Auftraggeber, zumal dieser Geschäftsbereich gar nicht viel mehr Kunden hergebe. Der Beschwerdegegner übersehe, dass sie in einem speziellen Tätigkeitsfeld arbeite. Einem drohenden Be-

- 6 - schäftigungseinbruch hätte nur mit Kündigungen oder einer kompletten Neuorientierung der Geschäftstätigkeit entgegengewirkt werden können. Die Kurzarbeitsentschädigungen würden jedoch gerade dazu dienen, sol- che Auswirkungen zu vermeiden.

## **E. 7**

Mit Schreiben vom 23. August 2022 verzichtete der Beschwerdegegner auf die Einreichung einer Duplik. Auf die Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften, die einge- reichten Beweismittel sowie den angefochtenen Einspracheentscheid wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegan- gen. II. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren bildet der Ein- spracheentscheid des Beschwerdegegners vom 2. Juni 2022 (beschwer- deführerische Beilage [Bf-act.] 7). Nach Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzent- schädigung (AVIG; SR 837.0) i.V.m. Art. 2 sowie Art. 56 Abs. 1 und Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungs- rechts (ATSG; SR 830.1) kann gegen Einspracheentscheide aus dem Be- reich der Arbeitslosenversicherung Beschwerde beim kantonalen Versi- cherungsgericht erhoben werden. Gemäss Art. 100 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 128 Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversi- cherung und Insolvenzentschädigung (AVIV; SR 837.02) ist für die Beur- teilung von Beschwerden gegen Verfügungen (Einspracheentscheide) ei- ner kantonalen Amtsstelle das Verwaltungsgericht desselben Kantons ört- lich zuständig. Der angefochtene Einspracheentscheid wurde vom kanto- nalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Graubünden (KIGA) als kan- tonale Amtsstelle im Sinne von Art. 85 AVIG erlassen, sodass die örtliche

- 7 - Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gegeben ist. Die sachliche Zu- ständigkeit ergibt sich aus Art. 57 ATSG i.V.m. Art. 49 Abs. 2 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; BR 370.100). Die Beschwerde- führerin ist als formelle und materielle Adressatin des Einspracheent- scheids zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 59 ATSG), weshalb auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 60 ATSG und Art. 61 ATSG) einzutreten ist.

### **E. 7.1**

Gemäss Art. 61 lit. fbis ATSG ist das kantonale Beschwerdeverfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht bei Streitigkeiten über Leistungen kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist. Sieht das Einzelgesetz keine Kostenpflicht bei solchen Streitigkeiten vor, so kann das Gericht einer Partei, die sich mutwillig oder leichtsinnig verhält, Gerichtskosten auferlegen. Da das AVIG keine Kostenpflicht statuiert und Mutwilligkeit oder Leichtsinnsinn nicht vorliegen, sind keine Kosten aufzuerle- gen.

### **E. 7.2**

Die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zu weiteren Abklärungen und zu neuem Entscheid gilt als vollständiges Obsiegen (BGE 141 V 281 E.11.1; Urteil des Bundesgerichts 8C\_831/2019 vom 13. Februar 2020 E.5). Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Honorarverordnung, HV; BR 310.250) i.V.m. Art. 19 des kantonalen Anwaltsgesetzes (BR 310.100) durch die urteilende Instanz nach Ermessen festgesetzt. Ausgangspunkt bildet die Kostennote (Art. 2 Abs. 2 HV). Dabei hat insbesondere der vereinbarte Stundensatz üblich (vgl. Art. 3 Abs. 1 HV) und der geltend gemachte Aufwand angemessen und für die Prozessführung erforderlich zu sein. Praxisgemäss wird bei Nichteinreichung einer Honorarvereinbarung der in der Kostennote geltend gemachte Stundenansatz, höchstens aber ein Stundenansatz von CHF 240.--, übernommen, da die Höhe des Stundenansatzes mangels Honorarvereinbarung nicht verifiziert werden kann (vgl. auch Art. 4 Abs. 1 HV). Geltend gemachte Pauschalspesen werden maximal im Umfang von 3 % des festgelegten Honorars nach Zeitaufwand zugesprochen. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin reichte dem Gericht eine Honorarnote über CHF 2'835.40 ein. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus

- 18 - einem Honorar von CHF 2'556.-- für 10.65 Arbeitsstunden à CHF 240.-- zzgl. 3 % Spesenpauschale (CHF 76.70) und MWST 7.7 % (CHF 202.70). Der geltend gemachte Arbeitsaufwand von 10.65 Arbeitsstunden erscheint dem Gericht als angemessen und auch der geltend gemachte Stundenansatz ist zulässig. Die Spesenpauschale von 3 % ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Was die Mehrwertsteuer anbelangt, ist die Beschwerdeführerin gemäss UID-Register MWST-pflichtig und damit vorsteuerabzugsberechtigt, weshalb keine Mehrwertsteuer geschuldet ist. Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdeführerin somit eine Parteientschädigung von CHF 2'632.70 zu bezahlen. III. Demnach erkennt das Gericht:

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