

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/33 vom 12. Oktober 2007**

Sg Versicherungsgericht, 2007-10-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2007\\_33](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2007_33)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/33 du 12 octobre 2007

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/33 del 12 ottobre 2007

## **Regeste**

Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG. Schneearme Winter und ein rückläufiger Produktezyklus gehören für einen Schneekettenfabrikanten zum normalen Betriebsrisiko. Auswirkungen von weiteren Faktoren (Auftauchen von Raubkopien) nicht genügend ausgewiesen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. Oktober 2007, AVI 2007/33).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

In seiner Duplik vom 11. Juni 2007 bringt der Beschwerdegegner vor, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin als Verwaltungsrat der vertretenen A.\_\_\_\_ AG fungiere und deshalb eine verbotene Interessenkollision vorliege, die nicht akzeptiert werden könne. Abgesehen davon, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin per 12. September 2007 aus dem Verwaltungsrat ausgetreten ist (vgl. online-Handelsregisterauszug), ist nicht ersichtlich, inwiefern ihn dieses Verwaltungsratsmandat an der korrekten Ausübung seines Anwaltsmandates hätte hindern sollen. Sowohl als Rechtsanwalt als auch als Verwaltungsrat hat er die Interessen der Gesellschaft zu vertreten, womit kein Interessenkonflikt besteht.

### **E. 2**

a) 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). 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). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen. 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; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 2. Juni 2003 [C 201/01], Erw. 2, mit Hinweis auf BGE 121 V 374 Erw. 2a und 119 V 358 Erw. 1a). b) 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 auf Grund der mit der spezifischen Unternehmertätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen (BGE 119 V 500 Erw. 1 mit Hinweisen). Dabei kommt dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit massgebende Bedeutung zu. So gehören Arbeitsausfälle, die jeden Arbeitgeber 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. Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Rz 483 ff.).

### E. 3

a) Umstritten ist, ob es sich bei dem für die Zeit von Februar bis April 2007 geltend gemachten Arbeitsausfall um einen vorübergehenden und ausserordentlichen Beschäftigungseinbruch handelt oder ob der Arbeitsausfall branchenüblich und deshalb dem betrieblichen Unternehmerrisiko zuzuordnen ist. Die Beschwerdeführer begründen ihre ablehnende Haltung damit, dass es schon immer schneearme Winter gegeben habe und in Zukunft wohl noch mehr geben werde. Der Arbeitsausfall sei deshalb nicht aussergewöhnlich. Ebenso gehörten die illegal hergestellten Raubkopien zum gewöhnlichen Betriebsrisiko, da eine verstärkte Konkurrenzsituation nicht von der Kurzarbeitsentschädigung erfasst werde. Dabei spiele es keine Rolle, ob der Wettbewerb lauter oder unlauter sei. Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, dass infolge des ausserordentlich milden Winters der Umsatz mit Autozubehör im Geschäftsjahr 2006/07 um rund 33 Prozent tiefer liege als der Durchschnittsumsatz der letzten fünf Jahre. Im Weiteren sei es kurzfristig ausgeschlossen, gegen die illegalen Raubkopien vorzugehen, da Patentfeststellungsklagen lange dauern und hohe Kosten verursachen würden. Die Vollstreckungsmassnahmen würden zudem frühestens auf die nächste Wintersaison greifen.

b) Zu den Umsatzzahlen reichte die Beschwerdeführerin einerseits die Zahlen für den Dezember 2006 sowie den entsprechenden Vorjahresmonat (Dezember 2005) ein. Daraus geht hervor, dass der Umsatz der Schneekette B.\_\_\_\_ in diesem Vergleichszeitraum um 68,6 % zurückgegangen war (act. G 4.A11). Im Weiteren reichte sie die Umsatzzahlen für die Zeiträume Oktober bis Dezember sowie Juli bis Januar, jeweils für das laufende und die zurückliegenden fünf Jahre ein. Vorauszuschicken ist dazu, dass der Umsatz "Auto" praktisch zu 100 % auf die Schneekette B.\_\_\_\_ zurückzuführen sind, während der Anteil der übrigen Produkte am Umsatz im Einpromillebereich liegen und damit vernachlässigbar sind (vgl. act. G 4.A11). Vergleicht man die Entwicklung der Herbstzahlen (Oktober bis Dezember) fällt auf, dass die Umsatzzahlen von rund 1,9 Mio. Franken im Jahr 2001 auf rund 3,5 Mio. Franken (2002) und sodann auf rund 3,7 Mio. Franken (2003) angestiegen sind. Danach fiel der Umsatz kontinuierlich auf rund 3 Mio. Franken (2004 und 2005), um schliesslich auf knapp 2,3 Mio. Franken zu sinken (2006; act. G 1.2i). Dasselbe Bild ergibt sich, wenn man die Sommer- und Januarumsätze hinzunimmt (Zeitspanne vom 1. Juli bis 31. Januar). Hier beginnt der Umsatz bei rund 3,4 Mio. Franken (2001/02), um nachher auf gut 5,6 Mio. Franken anzusteigen (2002/03, 2003/04 und 2004/05). Danach sinkt er wieder auf rund 4,6 Mio. Franken (2005/06) und schliesslich auf 3,3 Mio. Franken (2006/07; act. G 1.2k). Bereits dieses Ergebnis deutet darauf hin, dass der Produktzyklus der Schneekette B.\_\_\_\_ bereits in den Jahren 2003/2004 seinen Zenith erreicht hatte, und seither kontinuierlich an Umsatz verlor. Darauf deutet auch hin, dass die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben daran ist, für die Wintersaison 2007/08 ein neues Schneekettenmodell zu

entwickeln (act. G 4.A7, Punkt 12). Selbst wenn man aber davon ausgehen wollte, dass dem nicht so sei, muss von einer normalen Schwankung des Umsatzes ausgegangen werden. In den Jahren 2001 - 2005 ergab sich ein Durchschnittsumsatz von Fr. 3'045'518.40 (Oktober bis Dezember) bzw. von Fr. 4'998'889.-- (Juli bis Januar; vgl. act. G 1.2 i-k). Bei der ersten Variante ergibt sich dann eine maximale Abweichung nach oben von +22,8% (2003, Fr. 3'743'468.--) und nach unten von -24,9% (2006, Fr. 2'288'173.--). Bei der zweiten Variante resultiert eine maximale positive Abweichung von +13,2% (2003/04, Fr. 5'660'030.--) und eine maximale negative Abweichung von -33,5% (2006/07, Fr. 3'325'300.--). Daraus ergibt sich, dass sowohl die Abweichung des Dreimonatsschnitts Herbst 2006 als auch jene des längeren Beobachtungszeitraums (Juli 2006 bis Januar 2007) vom fünfjährigen Durchschnitt im Vergleich zur jeweiligen maximalen positiven Abweichung noch als im Normalbereich gewertet werden muss (vgl. auch die Härtefallklausel des Art. 51a Abs. 3 AVIV, wonach der Betrieb als erheblich eingeschränkt gilt, wenn der Umsatz in der betreffenden Abrechnungsperiode 25% der im Durchschnitt der fünf Vorjahre im gleichen Zeitraum erzielten Umsätze nicht übersteigt, also bei einem Umsatzeinbruch von mindestens 75%). Dass die Schwankungsbreite bei einem Produkt wie dem vorliegenden relativ gross ist, liegt auf der Hand. Die Nachfrage nach Schneeketten setzt das Vorhandensein spezifischer Wetterverhältnisse voraus, nämlich Schneefall. Sind diese gegeben, schnellt die Nachfrage nach oben, sind sie nicht gegeben, bricht die Nachfrage nach Schneeketten zusammen (vgl. auch Replik, Ziff. III./3). Grössere Schwankungen des Absatzes sind deshalb als branchenüblich zu bezeichnen. Dass sich der Umsatz in einem bestimmten Jahr am unteren Ende der Schwankungsbreite bewegt - und nicht etwa völlig eingebrochen ist, wie die Beschwerdeführerin geltend macht -, fällt damit in das normale Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin. Dass der wetterbedingte Umsatzverlust vorliegend durch das Auftauchen von Raubkopien noch vergrössert wurde, mag zutreffen. Indessen vermag die Beschwerdeführerin nicht darzulegen, in welchem Umfang die - übrigens erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren - behaupteten Verluste durch die illegale Konkurrenz ihren Umsatz schmälerten. Zwar liegt es in der Natur der Sache, dass die Anzahl der verkauften Nachahmerprodukte nicht genau festgestellt werden kann. Nachdem aber die Umsatzeinbusse im letzten Winter das normale Mass der Schwankungsbreite - je nach zu Grunde gelegter Vergleichsgrösse - ohnehin nur wenig oder gar nicht überschreitet, ist nicht von einer so grossen Betroffenheit auszugehen, dass das Vorhandensein solcher Produkte für sich allein schon als ausserordentlich bezeichnet werden müsste. Im Übrigen geht auch die Beschwerdeführerin selbst davon aus, dass der Umsatzeinbruch hauptsächlich auf die Wetterlage zurückzuführen sei und sich die Lage durch die Raubkopien lediglich akzentuiert habe (Replik, Ziff. III./2 und 4). c) Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass der unbestrittenermassen milde Winter 2006/07 den ohnehin schon rückläufigen Umsatz zusätzlich schmälerte. Diese Umstände gehören jedoch zum normalen Betriebsrisiko, zumal der Umsatzrückgang im Vergleich zum Fünfjahresdurchschnitt noch innerhalb der normalen Schwankungen liegt. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass neben dem milden Wetter auch noch weitere Umstände (Raubkopien) für die Umsatzeinbusse verantwortlich sein können. Schliesslich treffen die vorgebrachten - und für den Umsatzrückgang hauptsächlich verantwortlichen - Wetterverhältnisse nicht nur die Beschwerdeführerin, sondern ihre (legalen) Konkurrenten ebenso. Somit sind alle Arbeitgeber in dieser Branche gleichermassen betroffen, so dass auch von daher keine Kurzarbeitsentschädigung zuzusprechen ist. d) Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, dass ihr vom Amt für Arbeit zugesichert worden sei, "dass nicht mit Einsparungen zu

rechnen sei und dass das Gesuch positiv beantwortet werde." Wäre die Beschwerdeführerin von Anfang an klar und offen informiert worden, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit seitens des seco mit einer Einsprache zu rechnen sei, hätte sie ihr Gesuch zurückgezogen und sofort griffige Massnahmen in Form von Kündigungen durchgeführt. Es sei unerklärlich und inakzeptabel, dass das Amt für Arbeit auf Grund seiner Erfahrung in gleich gelagerten Fällen der Beschwerdeführerin nicht resoluter davon abgeraten (gemeint wohl: angeraten) habe, ihr Gesuch zurückzuziehen. Die Beschwerdeführerin habe in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass Herr C.\_\_\_\_ vom Amt für Arbeit zur Auskunftserteilung zuständig gewesen sei. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass eine entsprechende Auskunft vom Beschwerdegegner bestritten wird, musste der Beschwerdeführerin ohne weiteres klar sein, dass ein Mitarbeiter des Amtes für Arbeit keine verbindliche Angabe darüber machen kann, ob eine andere Behörde gegen die Verfügung vom 17. Januar 2007 Einsprache erheben würde. Eine solche Auskunft hätte nur das seco selbst abgeben können. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Wahrscheinlichkeit, dass eine solche erfolgen würde, "hoch" sein soll, und ein entsprechender Rat überhaupt angebracht gewesen wäre.

#### **E. 4**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

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