

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/104 vom 16. April 2010**

Sg Versicherungsgericht, 2010-04-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2010\\_104](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2010_104)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/104 du 16 avril 2010

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/104 del 16 aprile 2010

## **Regeste**

Art. 32 Abs. 3 AVIG, Art. 51 AVIV. Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auf Grund der Härtefallklausel. Vorliegend ist der Härtefall auf Grund qualifizierter Umstände zu bejahen, weshalb ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung grundsätzlich gegeben ist (Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. September 2011, AVI 2010/104). Versicherungsrichter Martin Rutishauser (Vorsitz), Versicherungsrichterin Marie Löhner, a.o. Versicherungsrichter Christian Zingg; Gerichtsschreiberin Jeannine Bodmer Entscheid vom 12. September 2011 in Sachen A.\_\_\_\_ Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Dario Piras, LL.M., Flughafenstrasse 11, 9423 Altenrhein, gegen Amt für Arbeit, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegner, betreffend Kurzarbeitsentschädigung Sachverhalt:

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 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). 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 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. 1.2 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 500 E. 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. Basel 2007, Rz 483 ff.). 1.3 Laut Art. 32 Abs. 3 AVIG regelt der Bundesrat für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die auf behördliche Massnahmen, auf wetterbedingte Kundenausfälle oder auf andere, vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen sind. Nach Art. 51 Abs. 1 AVIV sind Arbeitsausfälle anrechenbar, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann. Der Bundesrat hat in Art. 51 Abs. 2 AVIV einen nicht abschliessend aufgezählten Katalog (vgl. BGE 128 V 308 E. 4) solcher Arbeitsausfälle aufgestellt und insbesondere Elementarschadensereignisse, längerdauernde Energieunterbrüche, Transportbeschränkungen oder Sperrung von Zufahrtswegen aufgeführt (Nussbaumer, a.a.O., Rz 479). 1.4 An die Annahme eines Härtefalls sind hohe Anforderungen zu stellen. Die Nichtbefreiung muss ein hohes Opfer erfordern, sodass die Gutheissung des Gesuchs als dringend, billig und geradezu geboten erscheint. Zudem ist vom Arbeitgeber der Nachweis oder die Glaubhaftmachung einer qualifiziert ungünstigen Geschäftslage zu verlangen (ARV 1985 N 10 S. 40 E. 4.2). Gemäss Nussbaumer regelt die Härtefallklausel zum einen Sachverhalte, die nicht unmittelbar auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sind, jedoch die wirtschaftliche Tätigkeit erschweren oder verunmöglichen (z.B. Elementarschadensereignisse). Zum andern erfasst sie mit wetterbedingten Kundenausfällen auch einen Sachverhalt, der grundsätzlich betriebs- und branchenüblich ist, aus Härtefallgründen ausnahmsweise von der Kurzarbeitsentschädigung übernommen werden soll, wenn sie nach Dauer und Umfang ausserordentlich sind. Allen Tatbeständen ist gemeinsam, dass es sich um aussergewöhnliche Umstände handelt, die über das hinausgehen, was zum normalen Betriebsrisiko gehört, welches keinen anrechenbaren Arbeitsausfall begründet. Der Bundesrat kann für die Härtefälle längere Karenzfristen vorsehen und bestimmen, dass der Arbeitsausfall nur bei vollständiger Einstellung oder erheblicher Einschränkung des Betriebs anrechenbar ist (Art. 32 Abs. 3 zweiter Satz AVIG). Von dieser Befugnis hat er lediglich für die wetterbedingten Kundenausfälle Gebrauch gemacht (vgl. Art. 51a AVIV; Nussbaumer, a.a.O., Rz 480). 1.5 Die Beschwerdeführerin betreibt das Restaurant B.\_\_\_\_ seit 2004 (vgl. act. G 3/A5) im Parterre und ersten Stock der Liegenschaft D.\_\_\_\_strasse. Sie hat ausserdem seit mehreren Jahren von der Stadt den Vorplatz der Liegenschaft gemietet und ist berechtigt, darauf eine Terrasse mit Aussenwirtschaft zu betreiben. Das Restaurant liegt direkt an der südlichen Ecke der Kreuzung D.\_\_\_\_strasse/E.\_\_\_\_strasse. In östlicher Richtung setzt sich die D.\_\_\_\_strasse als F.\_\_\_\_strasse fort (vgl. act. 3.1/A10). Wie die Beschwerdeführerin geltend macht, wurde der Standort des Restaurants bereits ab Oktober 2007 durch Bauarbeiten in unmittelbarer Nachbarschaft an der G.\_\_\_\_strasse, H.\_\_\_\_strasse sowie D.\_\_\_\_strasse beeinträchtigt. Während der gesamten Bauzeit bis März 2009 seien die wichtigsten Zugangswege zum Restaurant nur erheblich erschwert bzw. zeitweise gar nicht mehr zugänglich gewesen. Zudem habe die Stadt St. Gallen die Einrichtung des Anlieferungspunktes für die Baustelle unmittelbar vor dem Restaurant, an der Kreuzung von G.\_\_\_\_strasse, D.\_\_\_\_strasse und F.\_\_\_\_strasse bewilligt, so dass es zu Situationen gekommen sei, während welcher der Zutritt zum Restaurant unmöglich gewesen sei (act. G 1). Den Ausführungen des Tiefbauamts vom 20. Juli 2010 ist zu entnehmen, dass der

Standort des Restaurants B.\_\_\_\_ in Bezug auf das Gestaltungsprojekt der Stadt erstmals im Zeitraum vom 25. Januar bis 26. Juni 2009 von Bauarbeiten, d.h. insbesondere durch Leitungsarbeiten an den angrenzenden Strassen, betroffen gewesen sei. Im Jahr 2010 sei der Standort des Restaurants unmittelbar durch Vorarbeiten für die Pflästerung der G.\_\_\_\_strasse vom 6. April bis Ende Mai 2010 sowie die Gestaltungsarbeiten und die Pflästerung an der D.\_\_\_\_strasse vom 4. Mai bis 25. Juni 2010 betroffen gewesen. Die Erreichbarkeit und Zugänglichkeit des Restaurants sei während dieses Zeitraums stark eingeschränkt gewesen. Der Fussgängerverkehr sei dabei aus nahe liegenden Gründen jeweils grossräumig um den Baustellenbereich herumgeleitet worden und die einzelnen Baustellenbereiche seien teils nur mehr auf schmalen Notwegen passierbar gewesen. Zu den Hauseingängen hätten in einzelnen Bauphasen Notstege eingerichtet werden müssen. Für den allgemeinen Fahrverkehr sei das Restaurant zeitweise nicht mehr erreichbar gewesen. Eine Besonderheit dieses insgesamt drei Jahre (bis Ende 2011) dauernden Bauvorhabens sei, dass es in einem Gebiet mit grossem archäologischem Potential realisiert werde. Insbesondere in der oberen G.\_\_\_\_strasse seien die Bauarbeiten auf Grund der archäologischen Funde und der anschliessenden Notgrabungen nur beschränkt planbar. Regelmässig sei es auf Grund des Grabungsverlaufs zu längeren Standzeiten sowie zu Anpassungen in der Baustellenorganisation gekommen. Das geplante Datum des jeweiligen Baubeginns und der ungefähren Baudauer sei den betroffenen Anstössern und Geschäften wie auch dem Restaurant B.\_\_\_\_ jeweils ein bis zwei Wochen im Voraus mitgeteilt worden, nämlich mit Schreiben vom 31. April (wohl richtig: März) 2010 betreffend den Beginn der Vorarbeiten für die Pflästerung der G.\_\_\_\_strasse am Dienstag nach Ostern, 6. April 2010, sowie mit Schreiben des Tiefbauamts vom 22. April 2010 betreffend den Beginn der Gestaltungsarbeiten an der D.\_\_\_\_strasse ab 3. Mai 2010 (act. G 3.1/A10).

Zusammenfassend bestätigte das Tiefbauamt, dass das Restaurant der Beschwerdeführerin auf Grund seiner Lage zentral im Neugestaltungsgebiet mehrmals und damit in stärkerem Ausmass als die meisten anderen Geschäfte in der südlichen Altstadt von den geschilderten Bauarbeiten betroffen gewesen sei. Zudem erweise sich die obere G.\_\_\_\_strasse und somit unmittelbar vor dem Restaurant als ein Schwerpunkt der archäologischen Notgrabungen. Auch sei es eine Tatsache, dass sich der Bauablauf zwar generell und konzeptionell schon einige Monate im Voraus planen lasse, dass aber die daraus resultierenden Teiletappen und Einzelbaustellen auf Grund der vielen technischen Abhängigkeiten und witterungsmässigen sowie archäologischen Randbedingungen in der Praxis nur kurzfristig, das bedeute innert Wochen- bis allenfalls Monatsfrist planbar seien und deshalb von allen Beteiligten wie auch Betroffenen einiges an Flexibilität abverlangten (act. G 3.1/A10). Dass unter diesen Umständen zahlreiche Gäste ausgeblieben sind, weil nicht nur der Zugang zum Restaurant, sondern teilweise sogar ganze Strassenabschnitte gesperrt waren und der Personenverkehr weiträumig umgeleitet wurde (vgl. act. G 8.1/5), ist somit durchaus nachvollziehbar. Selbst wenn der Eingang zum Restaurant noch gut zugänglich war, scheint es kaum verwunderlich, dass viele Restaurantkunden ausblieben. Der Ausblick auf eine Baustelle und allfällig damit einhergehende Lärmbelastungen hielten mit grosser Wahrscheinlichkeit viele Kunden fern.

1.6 Obgleich mit dem Beschwerdegegner davon auszugehen ist, dass Sanierungsarbeiten in Altstadtgebieten regelmässig und wiederholt auftreten und allfällige damit zusammenhängende Arbeitsausfälle infolge erschwerter oder unterbrochener Zugangsmöglichkeit zu einem Restaurant in der Regel voraussehbar und teilweise auch kalkulierbar sind und somit zum normalen Betriebsrisiko gehören, muss vorliegend vor allem auf Grund des archäologisch interessanten Umgebungsbereichs, des spezifischen

Standorts an der Kreuzung von D.\_\_\_\_strasse und G.\_\_\_\_strasse sowie der sich zeitlich über Jahre hinziehenden umliegenden Bauarbeiten von einem Härtefall ausgegangen werden. Obgleich für die Folgen der Bauarbeiten am ehemaligen I.\_\_\_\_gebäude ab Oktober 2007 bzw. die dadurch verursachten Schäden die Grundeigentümerin zur Verantwortung gezogen wird (vgl. act. G 1 S. 3), sind ein gewisser Imageverlust des Restaurants sowie ein damit einhergehendes Fehlen von Reserven nicht von der Hand zu weisen. Obgleich für die Phase der Vorarbeiten ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung klar zu verneinen gewesen wäre, ist festzustellen, dass eine weitere Überbrückung für den strittigen Zeitraum nicht mehr einfach zu bewerkstelligen gewesen sein kann. Somit haben vorliegend sowohl die Dauer als auch der Umfang der Bauarbeiten die Beschwerdeführerin in eine qualifiziert ungünstige Geschäftslage gebracht und sind auf Grund der aussergewöhnlichen Umstände daher auch anders als im Normalfall ablaufende Sanierungsarbeiten in Altstadtgebieten zu behandeln. In Anbetracht der gesamten Umstände rechtfertigt sich hier folglich die Anwendung der Härtefallklausel und somit grundsätzlich ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung.

## **E. 2**

2.1 Für Arbeitsausfälle wegen behördlicher Massnahmen und anderer vom Arbeitgeber nicht zu vertretender Umstände (Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 AVIV) besteht kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, solange die Ausfälle durch eine private Versicherung abgedeckt sind oder ein Dritter dafür haftbar gemacht werden kann (Art. 51 Abs. 1 und 4 AVIV). Ist dagegen der Betrieb durch eine behördliche Massnahme oder wegen eines vom Arbeitgeber nicht zu vertretenden Umstands unmittelbar von einem solchen Ereignis wirtschaftlich betroffen und ist ein Versicherungsschutz für diesen Betriebsunterbruch nicht üblich, sind diese Arbeitsausfälle nach bestandener Karenzzeit anrechenbar (Art. 32 Abs. 2 AVIG; 032-AVIG-Praxis 2005/39). Gemäss Rechtsprechung wäre der Abschluss einer Versicherung im Sinn von Art. 51 Abs. 4 AVIV möglich gewesen, wenn diese auf dem Markt angeboten wird, ihr Abschluss nicht ganz unüblich ist und der Arbeitgeber diese hätte abschliessen können. Nicht entscheidend ist dagegen, ob der Abschluss der Versicherung aus Sicht des Arbeitgebers unter Berücksichtigung seines Risikos und seiner finanziellen Lage als wirtschaftlich gerechtfertigt erscheinen musste (EVG-Urteil vom 5. November 2007, C 264/06, E. 4.2.5 mit Hinweisen).

2.2 Die Vorinstanz begründete ihren ablehnenden Entscheid u.a. damit, dass sich die Beschwerdeführerin um eine Ausfallversicherung hätte bemühen müssen, da das Bauvorhaben und die damit einhergehenden Einschränkungen von der Stadt offen kommuniziert und somit seit längerem bekannt gewesen seien. Damit scheint sie jedoch nicht zu berücksichtigen, dass die Versicherung eines bereits offenkundig geplanten und somit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintretenden Risikos grundsätzlich ausgeschlossen ist. Zudem dürfte sich ohnehin keine Versicherung finden lassen, welche das Risiko eines Betriebsausfalls wegen umliegender Bauarbeiten versichern würde. Grundsätzlich deckt eine Betriebsunterbruchversicherung die finanziellen Folgen einer Betriebsunterbrechung ab, welche in der Regel auf Grund eines Feuer- oder Elementarschadens, eines Wasserschadens, von Glasbruch, Einbruchdiebstahls oder Maschinenbruchs entstehen (vgl. Angebote Schweizerischer Versicherungsgesellschaften im Internet). Dabei ist zwar gerichtsnotorisch bekannt, dass mehrere in der Schweiz tätige Versicherungsgesellschaften Betriebsunterbruchversicherungen nach Sachschäden anbieten und solche Versicherungen oft abgeschlossen werden. Demgegenüber ist es, selbst wenn sich eine Versicherung finden liesse, die die finanziellen Folgen eines Unternehmens auf

Grund umliegender Bauvorhaben abdecken würde, kaum üblich, solche Versicherungen abzuschliessen. Damit kann der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nicht wegen eines verpassten Versicherungsabschlusses im Sinn von Art. 51 Abs. 4 Satz 2 AVIV verweigert werden. 2.3 Wie dem Schreiben der Direktion Bau und Planung vom 17. Mai 2010 zu entnehmen ist, lehnt die Stadt C.\_\_\_\_ als Bauherrin der Altstadtsanierung jegliche Haftung für die der Beschwerdeführerin auf Grund der Bauarbeiten eingetretenen Umsatzeinbussen ab (act. G 8.1/6). Nachdem somit sowohl die tätig gewesenen Baufirmen als auch die Grundeigentümerin und Werkausführerin, die Stadt, als Haftpflichtige nicht in Betracht fallen, ist eine Nichtanrechenbarkeit des Arbeitsausfalls gestützt auf Art. 51 Abs. 4 AVIV ebenfalls zu verneinen. 2.4 Im Übrigen ist ebenfalls nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin durch kurzfristige Vornahme eigener Massnahmen die strittigen Arbeitsausfälle hätte kompensieren können. Insbesondere zeigt selbst der Beschwerdegegner hierzu keinen gangbaren Weg auf. 2.5 Zusammenfassend sind die Voraussetzungen für die Anrechenbarkeit eines Arbeitsausfalls der Beschwerdeführerin grundsätzlich gegeben, weshalb der Einspracheentscheid vom 4. Oktober 2010 aufzuheben ist.

### **E. 3**

3.1 Beabsichtigt ein Arbeitgeber, für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, so muss er dies der kantonalen Amtsstelle mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit schriftlich voranmelden. Der Bundesrat kann für Ausnahmefälle kürzere Voranmeldefristen vorsehen. Die Voranmeldung ist zu erneuern, wenn die Kurzarbeit länger als drei Monate dauert (Art. 36 Abs. 1 AVIG). 3.2 Vorliegend reichte die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner die Voranmeldung für Kurzarbeit für den Monat April 2010 am 31. März 2010 ein (act. G 3/A4). Gemäss dem Schreiben des Tiefbauamts vom 20. Juli 2010 begannen die Vorarbeiten für die Pflasterung der G.\_\_\_\_strasse am 6. April 2010. Ihr Beginn wurde der Beschwerdeführerin jedoch erst mit Schreiben vom 31. April (korrekt wäre: März) 2010 mitgeteilt (act. G 3/A10). Der Beschwerdegegner wird daher zu prüfen haben, ab wann der Arbeitsausfall anrechenbar ist.

### **E. 4**

4.1 Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 4. Oktober 2010 bei teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Die Streitsache ist sodann zur Prüfung des Beginns der Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). 4.2 Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung. Diese ist vom Gericht ermessensweise festzusetzen, wobei insbesondere der Bedeutung der Streitsache und dem Aufwand Rechnung zu tragen ist (Art. 61 lit. g ATSG). Der Bedeutung und dem Aufwand der Streitsache angemessen erscheint - wie in vergleichbaren Fällen üblich - eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer). Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP entschieden: 1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 4. Oktober 2010 aufgehoben und die Sache zur Festsetzung des Beginns der Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls an den Beschwerdegegner zurückgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu

bezahlen.

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