



AR GVP 33/2021 Nr. 3805

Arbeitslosenversicherung. Kurzarbeitsentschädigung. Betriebsschliessung oder -einschränkung wegen behördlicher Massnahmen infolge der Pandemie Covid-19.

Urteil des Obergerichts, 2. Abteilung, 24.08.2021, O2V 20 72

Sachverhalt:

Mit Eingabe vom 2. April 2020 reichte die Appenzeller Bahnen AG (in der Folge AB oder Beschwerdeführerin) bei der kantonalen Arbeitslosenversicherung eine Voranmeldung von Kurzarbeit für eine Anzahl von total 84 Arbeitnehmenden ein, dies für die Dauer vom 6. bis 26. April 2020. Als Grund gab sie die Betriebsschliessung oder -einschränkung wegen behördlicher Massnahmen infolge der Pandemie Covid-19 an. Sie erläuterte diesbezüglich namentlich, aufgrund des reduzierten Fahrplanangebotes würden nur noch ca. die Hälfte der fahrplanmässigen Züge angeboten. Damit fielen für diverse Berufskategorien in unterschiedlichem Umfang Arbeiten weg. Am 15. April 2020 nahm die AB noch eine weitere Voranmeldung vor, in welchem sie die Verlängerung der Kurzarbeit über den 26. April 2020 hinaus, konkret bis zum 26. Juli 2020, beantragte. Mit Schreiben vom 13. Mai 2020 forderte die Kantonale Amtsstelle der Arbeitslosenversicherung (KAST) die Beschwerdeführerin auf, ein unmittelbares Kündigungsrisiko zu belegen. Die AB liess sich diesbezüglich am 20. Mai 2020 - unter Einreichung ergänzender Unterlagen - vernehmen. Am 22. Juli 2020 erhob die KAST Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung. Eine dagegen gerichtete Einsprache der AB wies sie mit Entscheid vom 24. November 2020 ab.

Das Obergericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

[...]

6.3 Die Beschwerdeführerin vermag grundsätzlich substantiiert aufzuzeigen, dass sie zufolge der seitens des BAV und den Systemführern im März 2020 angeordneten Angebotsreduktion einen erheblichen Umsatzrückgang in Kauf nehmen musste. Aufgrund der behördlichen Massnahmen hat man es mit einem unvermeidbaren Arbeitsausfall zu tun, der nicht mehr zum normalen Betriebsrisiko gehört. In diesem Sinne liegt ein anrechenbarer Arbeitsausfall vor. Die AB weist im Rahmen ihrer Argumentation sodann schwergewichtig darauf hin, dass seitens der öffentlichen Hand keine Existenz- oder Defizitgarantie vorhanden sei. Allfällige Verluste aufgrund des coronabedingten Nachfragerückgangs würden definitiv zu ihren Lasten gehen. In Bezug auf diese Vorbringen ist vorliegend festzuhalten, dass das Verlusttragsrisiko ein Faktor ist, auf den es bei der Prüfung eines Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung nicht direkt ankommt. Entscheidend ist im Sinne obiger Rechtsprechung in erster Linie die Frage, ob mithilfe der Kurzarbeitsentschädigung unmittelbar im Raum stehende Kündigungen abgewendet werden können. Im Einspracheentscheid wird diesbezüglich erklärt, die AB hätten hinsichtlich der für die Kurzarbeitsentschädigung gemeldeten Arbeitnehmer kein unmittelbares und konkretes Kündigungsrisiko glaubhaft gemacht und es sei ein solches auch nicht ersichtlich. Betreffend diese Angabe ist zunächst in der Tat festzustellen, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der Beschwerdeschrift

nicht ausführt, sie habe damals im Frühling 2020 zufolge der Angebotsreduktion in konkreter Weise Kündigungen und Entlassungen geprüft. Sie spricht nur etwa allgemein davon, dass aufgrund der Corona-Massnahmen die Gefahr eines Personalabbaus bestehe, dass das Transportunternehmen bei ausbleibender Reduktion des Personalkörpers defizitäre Betriebsergebnisse zu gewärtigen habe und dass ihre Arbeitnehmer den normalen Kündigungsregeln gemäss Obligationenrecht unterstehen würden. Des Weiteren verweist die Beschwerdeführerin etwa auf eine sie nicht unmittelbar betreffende Ausschreibung des Kantons Thurgau betreffend die Offerte für ein reduziertes Fahrplanangebot. Eine ausführliche Stellungnahme zur Frage, inwieweit bestimmte Arbeitnehmende (teilweise) freigestellt werden mussten bzw. ob allenfalls doch gewisse Umplatzierungen möglich waren, bringt die AB nicht dar. Letztlich erscheint es auch fraglich, ob bei der AB damals bezüglich jener Arbeitnehmer, die aufgrund der per 21. März 2020 erfolgten Fahrplanausdünnung nicht mehr (ausreichend) beschäftigt werden konnten, bereits eine Kündigung bzw. Entlassung unmittelbar im Raum stand. In dieser Hinsicht ist festzuhalten, dass die AB ihr Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung (erst) per 6. April 2020 gestellt hatte. In der Folge bot sich für die Beschwerdeführerin jedoch sehr rasch eine Perspektive zur Wiederaufstockung ihres Angebots. So hatte der Bundesrat in einer Stellungnahme vom 8. April 2020 verkündet, dass zwar der ursprünglich bis zum 19. April 2020 geltende Lockdown um eine Woche, also bis zum 26. April 2020 verlängert werde, dass anschliessend jedoch - und zwar noch im April - schrittweise Lockerungen erfolgen würden (Medienmitteilung vom 8. April 2020, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78744.html>> [besucht am 15. April 2021]). Im Übrigen hatten die beiden Systemführer SBB und Postauto schon am 22. April 2020 die etappenweise Wiederaufnahme der gestrichenen Verbindungen im Bahn- und Busverkehr angekündigt (vgl. den auf der Homepage des Schweizer Tourismus-Verband veröffentlichten Beitrag „Coronavirus: Chronik mit Bezug zum Schweizer Tourismus“, <<https://www.stv-fst.ch/de/chronik-coronavirus>> [besucht am 15. April 2020]), und die AB konnte gemäss ihren eigenen Angaben per XX.XX.2020 den Halbstundentakt wieder einführen. Aus Sicht eines wirtschaftlich denkenden Arbeitgebers wäre es bei der geschilderten Sachlage für die AB kaum sinnvoll gewesen, bereits einen Teil des „Produktionsapparates“ definitiv aufzugeben. Die Beschwerdeführerin macht wohl geltend, sie habe auch nach dem XX.XX.2020 noch erhebliche Verluste erlitten, äusserte sich jedoch nicht konkret zur tatsächlichen damaligen Beschäftigungssituation bzw. Auslastung in Bezug auf ihre Arbeitnehmer. In diesem Zusammenhang fällt aber auf, dass die AB ihr Verlängerungsgesuch vom 15. April 2020 auch über den XX.XX.2020 hinaus für dieselbe Anzahl Arbeitnehmenden und denselben prozentualen Arbeitsausfall stellte wie für die Zeitspanne 6. April bis 10. Mai 2020; es ist aktenmässig nicht dokumentiert, dass die Beschwerdeführerin ihr Gesuch per XX.XX.2020 reduziert hatte, trotz der ausgewiesenen Angebotsausweitung per eben diesem Datum. Unklar ist auch, weshalb gerade der 26. Juli 2020 als Enddatum angegeben wurde. Von der AB als im wesentlichen Masse von der öffentlichen Hand unterstütztes Unternehmen müssen jedenfalls besondere Anstrengungen verlangt werden, was die Beibehaltung von Arbeitsplätzen betrifft. Es ist von ihr zu erwarten, dass sie ihr Personal auch bei wirtschaftlich aufgezwungener Nichtleistung länger „durchhält“ im Vergleich zu einem reinen Privatunternehmen, das sich ausschliesslich aus eigenen Einkünften alimentiert (vgl. dazu GERHARD GERHARDS, Arbeitslosenversicherung: "Stempelferien", Zwischenverdienst und Kurzarbeitsentschädigung für öffentliche Betriebe und Verwaltungen - Drei Streitfragen, in: SZS 1994, S. 355). An diesen Feststellungen ändert nichts, dass bei der AB grundsätzlich ein privatrechtliches Kündigungsregime vorherrscht. Immerhin sei noch darauf hingewiesen, dass die AB für wirtschaftlich schwierigere Zeiten die Spezialreserve gemäss Art. 36 Abs. 2 PBG zur Verfügung hat, in welcher sich von den öffentlich-rechtlichen Eigentümern gewährte Mittel - also eben Steuergelder - befinden.

6.4 Im Übrigen macht die AB wie gesehen noch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes geltend, namentlich mit Verweis darauf, dass der Rhätischen Bahn und Aargau Verkehr Kurzarbeitsentschädigung bewilligt worden sei. Es ist nicht zu verkennen, dass im Bereich der Kurzarbeitsentschädigungsberechtigung für öffentliche Verkehrsbetriebe in unerwünschter Weise eine uneinheitliche und undurchsichtige Praxis besteht. Ursprünglich hatte anscheinend das Bundesamt für Verkehr (BAV) ÖV-Betriebe dazu aufgefordert, Kurzarbeit anzumelden. In Abweichung zum BAV ist jedoch das Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) der Auffassung,

dass Betrieben der fraglichen Art kein Entschädigungsrecht zukäme und es hat dieses in Bezug auf gutheissende Kurzarbeitsentscheide offenbar schon mehrfach von seinem gesetzlichen Einspracherecht Gebrauch gemacht (vgl. dazu namentlich den Beitrag der Neuen Zürcher Zeitung vom 24. Februar 2021 „Wie es zur Posse um die Kurzarbeit bei SBB und Postauto kam“ <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/kurzarbeit-fuer-sbb-und-postauto-wie-es-zur-posse-kam-ld.1603290?reduced=true>> [besucht am 14. April 2021]). De facto präsentiert sich jedenfalls die Situation, dass etwa der SBB und Postauto Schweiz Kurzarbeitsentschädigung verweigert wurde. Des Gleichen den Basler Verkehrsbetrieben (BVB) sowie offenbar auch der Turbo AG (vgl. Motion Nr. 21.3301 von Nationalrätin Gysin Greta; Bericht des St. Galler Tagblatts vom 29. Januar 2021 „Chaos bei der Kurzarbeit für SBB und Co. [...]“, <<https://www.tagblatt.ch/ost-schweiz/oeffentlicher-verkehr-chaos-bei-der-kurzarbeit-fuer-sbb-und-co-im-kanton-stgallen-werden-gesuche-von-oev-betrieben-teils-genehmigt-teils-abgelehnt-wie-auch-in-anderen-kantonen-ld.2092193?reduced=true>> [besucht am: 15. April 2021]; Bericht des Schweizer Fernsehens vom 7. Mai 2020 „Verwirrung um Kurzarbeit im öffentlichen Sektor hält an“ <<https://www.srf.ch/news/schweiz/massnahme-in-corona-krise-verwirrung-um-kurzarbeit-im-oeffentlichen-sektor-haelt-an>> [besucht am: 15. April 2021]). Gutgeheissen wurden hingegen etwa die Gesuche von SBB Cargo, der Matterhorn-Gotthard-Bahn, der Zentralbahn (vgl. Motion Nr. 21.3301 von Nationalrätin Gysin Greta) sowie eben auch der von der Beschwerdeführerin zitierten Rhätischen Bahn. Namentlich bezüglich letzterer ist festzuhalten, dass diese rechtlich gleich organisiert ist wie die AB, nämlich als privatrechtliche Aktiengesellschaft (Geschäftsbericht der Rhätischen Bahn 2020 <https://www.rhb.ch/fileadmin/user_upload/redaktion/Ueber_die_RhB/Unternehmen/Dokumente/Geschaeftsberichte/Geschaeftsbericht_2020_der_Rhaetischen_Bahn.pdf> [besucht am 15. April 2021]). Die Verfügung der zuständigen Stelle des Kantons Graubünden vom 4. April 2020, welche die Beschwerdeführerin in diesem Verfahren einreichte, äussert sich jedoch mit keinem Wort zur Problematik der grundsätzlichen Anspruchsberechtigung eines im Wesentlichen von der öffentlichen Hand gehaltenen Betriebs. Es stellt sich generell die Frage, ob die gutheissenden Kurzarbeitsentscheide gerade vor dem erwähnten Hintergrund erfolgten, dass das BAV ÖV-Betrieben eine entsprechende Anmeldung empfahl. Zumal das grundsätzlich einspracheberechtigte Seco verlauten liess, es gebe im Moment zu viele Gesuche, um alle gründlich zu prüfen. Im Nachhinein könne das Seco aber bei den Kantonen, die solche Gesuche bewilligten, Rückforderungen stellen (vgl. den Bericht der Luzerner Zeitung vom 14. April 2020 „Dürfen Busfahrer Kurzarbeit leisten? [...]“, <<https://www.luzernerzeitung.ch/wirtschaft/durfen-busfahrer-kurzarbeit-leisten-kantone-und-ov-branche-mussen-warten-weil-sich-bundesamt-er-streiten-ld.1212506>> [besucht am 15. April 2021]). In Anbetracht dessen, dass schweizweit offenbar nicht annähernd eine einheitliche Praxis herrscht in Bezug auf den Anspruch von Personentransportunternehmen auf Kurzarbeit, kann jedenfalls nicht davon die Rede sein, dass das Gesuch der AB in Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes abgelehnt wurde.

6.5 Im Weiteren bringt die AB noch vor, dass Lohnzahlungen der Transportunternehmen des öffentlichen Verkehrs der Beitragspflicht für die Arbeitslosenversicherung unterlägen. Aufgrund dessen sei es systemkonform, wenn Transportunternehmen des öffentlichen Verkehrs Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung geltend machen könnten. Im Sinne der beschwerdeführerischen Ausführungen ist eine gewisse Inkohärenz zwischen Beitragspflicht und Anspruchsberechtigung nicht von der Hand zu weisen, doch muss dies nach der geltenden Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung hingenommen werden. Die aktuelle Praxis hat derweil indessen offenbar dazu geführt, dass im Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) Überlegungen für eine Revision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes angestellt werden (vgl. den Bericht des Schweizer Fernsehens vom 11. Februar 2021 „Ein Sonderzüglein für den ÖV bei der Arbeitslosenversicherung“ <<https://www.srf.ch/news/schweiz/streit-um-kurzarbeit-im-oev-ein-son-derzueglein-fuer-den-oev-bei-der-arbeitslosenversicherung>> [besucht am 15. April 2021]).

6.6

6.6.1 Im Folgenden ist noch auf den neuen Art. 28 Abs. 1^{bis} einzugehen, um welchen das Bundesgesetz über die Personenbeförderung (PBG, SR 745.1) durch Ziff. I 4 des Bundesgesetzes vom 25. September 2020 über die Unterstützung des öffentlichen Verkehrs in der Covid-19-Krise, in Kraft vom 26. Sept. 2020 bis zum 31. Dez. 2021 (AS 2020 3825; BBl 2020 6713) ergänzt wurde (vgl. oben C.). Gemäss der betreffenden Norm gelten Bund und Kantone den Unternehmen für das Jahr 2020 die nach Auflösung der Spezialreserve nach Artikel 36 Abs. 2 PBG verbleibenden Verluste im Verhältnis ihrer nach Artikel 30 PBG festgelegten Anteile ab. Die anderen Reserven der Unternehmen werden nicht angerechnet. Die Abgeltung erfolgt aufgrund der Linien-erfolgsrechnungen der Unternehmen. Laut seiner Botschaft an das Parlament bezifferte der Bundesrat den entsprechenden Mittelbedarf für den Regionalen Personenverkehr (Bundesanteil) auf 290 Mio. Franken (Botschaft zum dringlichen Bundesgesetz über die Unterstützung des öffentlichen Verkehrs in der Covid-19-Krise vom 12. August 2020, BBl 2020 6713, S. 6738).

6.6.2 Vorliegend hatte die Beschwerdeführerin im April 2020 ihre Voranmeldung für Kurzarbeitsentschädigung eingereicht. Mit Verfügung vom 22. Juli 2020 hatte die KAST den Anspruch abgelehnt, was mittels Einspracheentscheid vom 24. November 2020 bestätigt wurde. Zeitlich zwischen ursprünglicher Verfügung und dem angefochtenen Einspracheentscheid war dann der fragliche Art. 28 Abs. 1^{bis} PBG erlassen worden. Die Anspruchsvoraussetzung des voraussichtlich vorübergehenden Arbeitsausfalles und der Eignung von Kurzarbeit zur Erhaltung der Arbeitsplätze gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG beurteilt sich wie erwähnt prospektiv im Zeitpunkt der angefochtenen Einspruchsverfügung. In diesem Sinne stellt die - zeitlich nach der Voranmeldung - stattgehabte Einführung des neuen Art. 28 Abs. 1^{bis} PBG eine Änderung in den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen dar, der es Rechnung zu tragen gilt. Diesbezüglich ist unstreitig festzustellen, dass bei der Beschwerdeführerin dank der von der öffentlichen Hand gesprochenen finanziellen Mittel letztlich gar keine Verluste resultierten, obwohl sie in dem von ihr angegebenen Zeitraum infolge der behördlichen gesundheitshygienischen Massnahmen zu einer Angebotsbeschränkung mit damit eingehender Nachfragereduktion gezwungen war. Wohl wurde oben darauf hingewiesen, dass die Frage, ob ein Unternehmen ein Verlust erlitten hat bzw. wer diesen letztlich trägt, für die Anspruchsberechtigung bezüglich Kurzarbeitsentschädigung nur mittelbar entscheidend ist. Doch stellt dies trotzdem ein weiteres und entscheidendes Argument für die Schlussfolgerung dar, dass bei der Beschwerdeführerin kein unmittelbares und konkretes Kündigungs- bzw. Entlassungsrisiko für bestimmtes Personal bestand, auch wenn sie die betreffenden Mitarbeiter zufolge der Angebotseinschränkung nicht (ausreichend) beschäftigen konnte. Nach dem Gesagten ist demnach unerheblich, dass die Einführung von Art. 28 Abs. 1^{bis} PBG erst rund ein halbes Jahr nach jener Zeit erfolgte, in dem die Beschwerdeführerin am stärksten von der ihr behördlich aufgezwungenen Angebotsreduktion betroffen war. In diesem Zusammenhang muss aber noch erwähnt werden, dass der Bund bereits Mitte März 2020 - also vor der Voranmeldung zur Kurzarbeitsentschädigung seitens der AB - Massnahmen getroffen hatte, um die Liquidität der verschiedenen Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr sicherzustellen. Das BAV habe hierfür Zahlungen an die Transportunternehmen zeitlich vorgezogen sowie im Regionalen Personenverkehr die mit den Zahlungen verrechneten Rückzahlungen von altrechtlichen Darlehen auf den Herbst 2020 verschoben (Botschaft, BBl, a.a.O., S. 6718).

6.7 Zusammenfassend kann im Sinne obiger Erwägungen nicht als rechtsgenügend erstellt gelten, dass bei der AB während des von ihr angegebenen Zeitraums vom 6. April bis 26. Juli 2020 Arbeitnehmende einem unmittelbaren und konkreten Kündigungs- bzw. Entlassungsrisiko ausgesetzt waren. Unter diesen Voraussetzungen ist ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu verneinen. [...]