



Obergericht Appenzell Ausserrhoden
2. Abteilung

Urteil vom 24. August 2021

Mitwirkende	Obergerichtspräsident W. Kobler Oberrichterin J. Lanker Oberrichter M. Winiger, M. Müller, R. Kläger Obergerichtsschreiber M. Giger
Verfahren Nr.	O2V 20 72
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführerin	Z. AG
Vorinstanz	Kantonale Amtsstelle der Arbeitslosenversicherung, Obstmarkt 1, 9102 Herisau
Gegenstand	Kurzarbeitsentschädigung der Arbeitslosenversicherung Beschwerde gegen den Einspracheentscheid der Kantonalen Amtsstelle der Arbeitslosenversicherung vom 24. November 2020

Rechtsbegehren

a) der Beschwerdeführerin:

1. Der Einspracheentscheid Nr. 339584031 vom 24. November 2020 sei aufzuheben.
2. Die Verfügung Nr. 339584031 vom 22. Juli 2020 der Arbeitslosenversicherung des Kantons Appenzell Ausserrhoden, Kantonale Amtsstelle (KAST), sei aufzuheben.
3. Die Voranmeldung der Z. AG zur Einführung von Kurzarbeit vom 6. April 2020 mit Verlängerung vom 26. April 2020 sei zu bewilligen und die Kurzarbeitsentschädigungen zuzusprechen.
4. Der Z. AG sei eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

b) der Vorinstanz:

Die Beschwerde sei abzuweisen.

Sachverhalt

- A. Mit Eingabe vom 2. April 2020 reichte die Z. AG (in der Folge: Z. AG 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 (act. 5.11). Am 15. April 2020 nahm die Z. AG 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 (act. 5.9). Mit Schreiben vom 13. Mai 2020 forderte die Kantonale Amtsstelle der Arbeitslosenversicherung (in der Folge: KAST oder Vorinstanz) die Beschwerdeführerin auf, ein unmittelbares Kündungsrisiko zu belegen (act. 5.8). Die Z. AG liess sich diesbezüglich am 20. Mai 2020 – unter Einreichung ergänzender Unterlagen – vernehmen (act. 5.7). Am 22. Juli 2020 erhob die KAST Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung (act. 5.5). Eine dagegen gerichtete Einsprache der Z. AG wies sie mit Entscheid vom 24. November 2020 ab (act. 5.1).

- B. Mit Eingabe vom 22. Dezember 2020 erhob die Z. AG Beschwerde beim Obergericht und stellte das eingangs zitierte Rechtsbegehren (act. 1). In ihrer Vernehmlassung vom 25. Januar 2021 stellte die Vorinstanz Antrag auf Abweisung der Beschwerde und verwies dabei zur Begründung auf den angefochtenen Entscheid (act. 4). Mit Replik vom 18. Februar 2021 hielt die Beschwerdeführerin fest, dass sie keine weiteren Bemerkungen habe und an ihrer Beschwerde festhalte (act. 7).
- C. Mit Schreiben vom 20. April 2021 setzte das Obergericht den Parteien Frist an, um sich dazu zu äussern, wie sich der am 26. Sept. 2020 in Kraft getretene Art. 28 Abs. 1^{bis} des Bundesgesetzes vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG, SR 745.1) auf den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruch auswirke (act. 8). Folglich liess sich die Z. AG am 23. April 2021 vernehmen, wobei sie grundsätzlich erklärte, das Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung sei anhand der Rechtslage zu beurteilen, wie sie im April 2020 gegolten habe (act. 9). Die Vorinstanz gab mit Schreiben vom 28. April 2021 eine Stellungnahme ab und hielt dabei namentlich fest, zufolge Einführung der fraglichen Bestimmung sei bei der Beschwerdeführerin kein aktuelles Rechtsschutzinteresse mehr gegeben, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

Sachverhalt

1. 1.1

Gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) i.V.m. Art. 28 Abs. 1 lit. b des Justizgesetzes vom 13. September 2010 (bGS 145.31) beurteilt das Obergericht als kantonales Versicherungsgericht Beschwerden aus dem Bereich der Sozialversicherungen. Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG, SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 2 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV, SR 837.02]).

1.2

Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der weiteren Prozessvoraussetzungen ergibt, dass diese sowohl hinsichtlich der Beschwerdeberechtigung als auch hinsichtlich der Form- und Fristenfordernisse erfüllt sind (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 59, Art. 60 Abs. 1 und Art. 61 lit. b ATSG sowie Art. 54, Art. 56 und Art. 59 des Gesetzes vom 9. September 2002 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG, bGS 143.1]).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2. 2.1

Nach Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn:

- a. sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben;
- b. der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 32);
- c. das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist;
- d. der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können.

2.2

Gemäss Art. 32 Abs. 1 AVIG ist ein Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er:

- a. auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist und
- b. je Abrechnungsperiode mindestens 10 Prozent der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden.

Vom anrechenbaren Arbeitsausfall wird für jede Abrechnungsperiode eine vom Bundesrat festgelegte Karenzzeit von höchstens drei Tagen abgezogen (Abs. 2).

Gemäss Abs. 3 des Art. 32 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. Er kann für diese Fälle von Absatz 2 abweichende längere Karenzfristen vorsehen und bestimmen, dass der Arbeitsausfall nur bei vollständiger Einstellung oder erheblicher Einschränkung des Betriebes anrechenbar ist.

Der Bundesrat bestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine Betriebsabteilung einem Betrieb gleichgestellt ist (Abs. 4).

2.3

Nach Art. 33 Abs. 1 AVIG ist ein Arbeitsausfall nicht anrechenbar:

- a. 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;
- b. wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird;

- c. soweit er auf Feiertage fällt, durch Betriebsferien verursacht oder nur für einzelne Tage unmittelbar vor oder nach Feiertagen oder Betriebsferien geltend gemacht wird;
- d. wenn der Arbeitnehmer mit der Kurzarbeit nicht einverstanden ist und deshalb nach Arbeitsvertrag entlohnt werden muss;
- e. soweit er Personen betrifft, die in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer, einem Lehrverhältnis oder im Dienste einer Organisation für Temporär Arbeit stehen oder
- f. wenn er durch eine kollektive Arbeitsstreitigkeit im Betrieb verursacht wird, in dem der Versicherte arbeitet.

Um zu verhindern, dass Kurzarbeitsentschädigung missbräuchlich beansprucht wird, kann der Bundesrat weitere Arbeitsausfälle als nicht anrechenbar erklären.

2.4

Zu den in Art. 32 Abs. 3 AVIG aufgeführten behördlichen Massnahmen und anderen vom Arbeitgeber nicht zu vertretenden Umständen hat der Bundesrat in Art. 51 AVIV näheres erläutert. Demnach sind Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (Abs. 1).

Der Arbeitsausfall ist insbesondere anrechenbar, wenn er verursacht wird durch:

- a. Ein- oder Ausfuhrverbote für Rohstoffe oder Waren;
- b. Kontingentierung von Roh- oder Betriebsstoffen einschliesslich Brennstoffen;
- c. Transportbeschränkungen oder Sperrung von Zufahrtswegen;
- d. längerdauernde Unterbrüche oder erhebliche Einschränkungen der Energieversorgung;
- e. Elementarschadenereignisse (Abs. 2).

Der Arbeitsausfall ist nicht anrechenbar, wenn die behördliche Massnahme durch Umstände veranlasst wurde, die der Arbeitgeber zu vertreten hat (Abs. 3).

Der Arbeitsausfall wegen eines Schadenereignisses ist nicht anrechenbar, solange 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 (Abs. 4).

2.5

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 121 V 371 E.2a). 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 prospektiv, und zwar im Zeitpunkt der angefochtenen Einspruchsverfügung (BGE 121 V 371 E. 2a; BGE 111 V 385 f. E. 2b; SVR 1998 ALV Nr. E. 4; ARV 1995 Nr. 19 S. 114 E. 1; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, N. 472).

2.6

Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt dann nicht als anrechenbar, wenn er durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a 2. Satzteil 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 (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 279/05 vom 2. November 2006 E. 1). Eine Pandemie kann aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG betrachtet werden, selbst wenn unter Umständen jeder Arbeitgeber davon betroffen sein kann. Demnach sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf eine Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar. Durch die Behörden ergriffene Massnahmen im Zusammenhang mit einer Pandemie sind ebenfalls als aussergewöhnliche Umstände zu betrachten, so dass Arbeitsausfälle aufgrund solcher Massnahmen unter die Sonderregelung nach Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV fallen (Weisung des SECO vom 1. Juni 2020, Weisung 2020/08 4 ff.; vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden S 20 101 vom 26. Januar 2021 E. 3.3).

3. 3.1

Aufgrund der Ausbreitung des Coronavirus stufte der Bundesrat am 28. Februar 2020 die aktuelle Situation als "besondere Lage" gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz; EpG; SR 818.101) ein und ordnete gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG Massnahmen gegenüber der Bevölkerung an (Medienmitteilung vom 28. Februar 2020, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id->

78289.html> [besucht am 14. April 2021]). Am 16. März 2020 stufte die Landesregierung die diesbezügliche Situation in der Schweiz schliesslich als "ausserordentliche Lage" gemäss Art. 7 EpG ein (Medienmitteilung vom 16. März 2020, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-78454.html>> [besucht am 14. April 2021]).

3.2

Im Zusammenhang mit Massnahmen gegen das Coronavirus (COVID-19) erliess der Bundesrat sodann gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) und auf die Art. 6 Abs. 2 lit. b, 41 Abs. 1 und 77 Abs. 3 EpG unter anderem die folgenden Verordnungen, die innert kurzer Zeit mehrere Änderungen erfuhren:

1. Verordnung 3 vom 19. Juni 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 3; SR 818.101.24)
2. Verordnung vom 19. Juni 2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26)
3. Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033)
4. Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall; SR 830.31).

4. Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind. Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisforderungen nicht. Der Richter und die Richterin haben vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen. Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig aus, da es Sache des Sozialversicherungsgerichts (oder der verfügenden Verwaltungsstelle) ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein. Im Sozialversicherungsprozess tragen mithin die Parteien in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt

Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes auf Grund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 144 V 427 E. 3.2 mit Verweisen).

5. 5.1

Die Vorinstanz verneinte einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zusammengefasst deshalb, dass die Z. AG ihren Leitungsauftrag weitgehend nicht selbst finanziere bzw. dieser hauptsächlich durch die öffentliche Hand mitfinanziert werde. Somit sei sie effektiv keinem eigentlichen Betriebsrisiko ausgesetzt. Zudem habe sie nicht glaubhaft darlegen können, dass für ihre Arbeitnehmer des Gesamtbetriebes ohne Ausrichtung einer Kurzarbeitsentschädigung ein unmittelbar drohender Arbeitsplatzverlust bestehe. In ihrer Stellungnahme vom 28. April 2021 hielt die Vorinstanz ausserdem fest, aufgrund der Einführung von Art. 28 Abs. 1^{bis} PBG seien die Verluste der Z. AG für das Jahr 2020 schon anderweitig gedeckt. Die Z. AG hätten gar kein aktuelles Rechtsschutzinteresse mehr, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

5.2

Die Z. AG brachte beschwerdeweise zusammengefasst vor, abweichend von der Meinung der Vorinstanz trage sie ein reelles Betriebsrisiko. Gemäss den einschlägigen Bestimmungen des PBG würden Bund und Kantone den Transportunternehmen nur die ungedeckten Kosten aufgrund der zum Voraus erstellten Planrechnung vergüten. Ertragsausfälle zufolge Nachfragerückgangs während der Covid-19-Pandemie würden somit beim Transportunternehmen anfallen. Die Z. AG trage den tatsächlich angefallenen Fehlbetrag. Es existierten neben den Bestimmungen des PBG keine generellen und dauerhaften gesetzlichen Grundlagen, um zusätzliche Mittel für den öffentlichen Verkehr zu Verfügung zu stellen und dadurch bei einem – auch längerfristigen – Nachfragerückgang – einem Personalabbau entgegen zu wirken.

Aufgrund der Corona-Massnahmen bestehe die Gefahr eines Personalabbaus bei den Transportunternehmen. Falls diese aufgrund der ausgefallenen Leistungen (Angebotsausdünnung, Wegfall Fahrausweiskontrolle) nicht auch den Personalkörper reduzierten, entstünden defizitäre Betriebsergebnisse, die den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Betriebsführung zuwiderlaufen würden. Zudem bestehe ein allgemeines Interesse, die Arbeitsplätze zu sichern, um die rasche Wiederausdehnung des Angebotes sicherzustellen. Es könne angenommen werden, dass das Bundesamt für Verkehr eben gerade zur Verhinderung des Abbaus von Arbeitsplätzen die Transportunternehmen aufgefordert habe, Kurzarbeitsentschädigung zu beantragen.

Die arbeitsrechtliche Situation bei der Z. AG, die als private Aktiengesellschaft organisiert sei, unterscheide sich nur unwesentlich von anderen Unternehmen des privaten Sektors. Auf die Arbeitsverhältnisse seien die obligationenrechtlichen Bestimmungen anwendbar, weshalb wirtschaftlich bedingte Kündigungen zulässig seien. Überdies sei zu beachten, dass qualifiziert ausgebildetes Fachpersonal nicht einfach an einem anderen Arbeitsplatz innerhalb der Z. AG eingesetzt werden könne. Im Übrigen sei es systemkonform, dass Transportunternehmen, die als privatrechtliche Aktiengesellschaften organisiert seien und eine Konzession für die gewerbsmässige Beförderung von Reisenden innehätten, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben können; die Lohnzahlungen der Transportunternehmen des öffentlichen Verkehrs unterständen der Beitragspflicht für die Arbeitslosenversicherung. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass ähnlich organisierten Unternehmen, wie namentlich der Rhätischen Bahn und dem Aargau Verkehr Kurzarbeitsentschädigung bewilligt worden sei. Ein Anspruch der Z. AG auf Kurzarbeitsentschädigung sei deshalb auch unter dem Aspekt der Gleichbehandlung zu bejahen.

In ihrer Stellungnahme vom 23. April 2021 brachte die Beschwerdeführerin noch vor, das Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung sei anhand der Rechtslage zu beurteilen, wie sie im Zeitpunkt der Voranmeldung vom 2. bzw. 15. April 2020 galt. Die Verlustdeckung durch die öffentliche Hand sei erst am 25. September 2020 gesetzlich verankert worden.

6. 6.1

Als Präventivmassnahme (im weiteren Sinne) will die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung insbesondere die Ganzarbeitslosigkeit, das heisst Kündigungen und Entlassungen, verhindern und gleichzeitig die Arbeitsplätze im Interesse von Arbeitgeber wie auch Arbeitnehmer erhalten. In der Regel dürften diese Erfordernisse bei öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern nicht gegeben sein, da sie kein eigenes Betriebsrisiko tragen. Solche Unternehmen haben nämlich die ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahrzunehmen und können finanzielle Engpässe, Mehraufwendungen oder „Verluste“ aus öffentlichen Mitteln (Steuergelder) decken. Zudem besteht gerade bei Gemeinwesen oder öffentlich-rechtlichen Anstalten von einer gewissen Grösse die Möglichkeit, die Arbeitnehmer in anderen Bereichen weiterzubeschäftigen, sodass für diese Personengruppe in der Regel keine Gefahr besteht, ihren Arbeitsplatz zu verlieren. Andererseits kann in Anbetracht der vielfältigen Formen staatlichen Handelns nicht zum vornherein ausgeschlossen werden, dass in einem konkreten Einzelfall die Voraussetzungen für die Gewährung der Kurzarbeitsentschädigung an Bedienstete öffentlich-rechtlicher Einrichtungen erfüllt sein könnten. Dabei

dürfte jedoch – entsprechend dem Zweckgedanken des Leistungsinstituts – letztlich entscheidend sein, ob durch die Gewährung von Kurzarbeitsentschädigung eine Entlassung bzw. Nichtwiederwahl verhindert werden kann (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 26. Mai 1994 i.S. Gemeinde H., E. 3b mit Verweisen, publiziert in: ARV 1993/1994 Nr. 18 S. 140 ff.).

6.2

Vorliegend handelt es sich bei der beschwerdeführerischen Z. AG um eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, bei der folgende Beteiligungsverhältnisse bestehen: Bund xx %, Kanton Y xx %, Kanton U xx %, Kanton V xx %, Stadt W xx %, Gemeinden und Bezirke xx %, Private xx %. Im eigenen Bestand befänden sich xx % der Aktien; noch nicht von Inhaberpapieren in Namenaktien umgetauscht seien xx % des Aktienkapitals (vgl. Geschäftsbericht der Z. AG). Wie im angefochtenen Entscheid zurecht ausgeführt wird, befindet sich die Z. AG somit grossmehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand. Unbestritten ist derweil, dass das Unternehmen keine durch das Gesetz selbst geschaffene öffentlich-rechtliche Körperschaft darstellt. Hingegen nimmt die Gesellschaft durch die Gewährleistung des öffentlichen Regionalverkehrs gleichwohl eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe wahr. Nach den Grundsätzen des PBG verfügt die Z. AG seitens des Bundes über eine Personenbeförderungskonzession (Art. 6 PBG). Bund und Kantone (Besteller) gelten den Unternehmen die laut Planrechnung ungedeckten Kosten des von ihnen gemeinsam bestellten Angebotes des regionalen Personenverkehrs ab (Art. 28 Abs. 1 PBG). Das Verkehrsangebot und die Abgeltung im regionalen Personenverkehr werden aufgrund von Planrechnungen der Unternehmen im Voraus von den Bestellern und dem Unternehmen in einer schriftlichen Angebotsvereinbarung festgelegt (Art. 31a PBG).

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 Z. AG 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 (vgl. oben E. 5.2). 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 (E. 6.1) in erster Linie die Frage, ob mithilfe der Kurzarbeitsentschädigung unmittelbar im Raum stehende Kündigungen abgewendet werden können. Im Einspracheentscheid wird diesbezüglich erklärt, die Z. AG hätten hinsichtlich der für die Kurzarbeitsentschädigung gemeldeten Arbeitnehmer kein unmittelbares und konkretes Kündungsrisiko 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 Z. AG nicht dar. Letztlich erscheint es auch fraglich, ob bei der Z. AG 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 Z. AG 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.stvfst.ch/de/chronik-coronavirus>> [besucht am 15. April 2020]), und die Z. AG 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 Z. AG 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 Z. AG 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 Z. AG 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 Z. AG grundsätzlich ein privatrechtliches Kündigungsregime vorherrscht. Immerhin sei noch darauf hingewiesen, dass die Z. AG 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 Z. AG 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 Z. AG, 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 (act. 2.6), 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 Z. AG in Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes abgelehnt wurde.

6.5

Im Weiteren bringt die Z. AG 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 PBG 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 Linienenerfolgsrechnungen 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 (vgl. oben E. 2.5). 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 Z. AG – 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 Z. AG 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. Der angefochtene Einspracheentscheid erweist sich im Ergebnis als rechtmässig, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

7. 7.1

Das vorliegende Verfahren ist von Gesetzes wegen kostenlos (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a aATSG; Art. 83 ATSG), weshalb unabhängig vom Verfahrensausgang keine Gerichtskosten zu erheben sind.

7.2

Der unterliegenden Beschwerdeführerin steht keine Parteientschädigung zu (Art. 61 lit. g ATSG e contrario). Für die Zusprechung einer Parteientschädigung an die obsiegende Vorinstanz fehlt eine gesetzliche Grundlage (UELI KIESER, Kommentar ATSG, 4. Aufl. 2020,

N. 218 f. zu Art. 61 ATSG; SUSANNE BOLLINGER, in: Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 2020, N. 77 zu Art. 61 ATSG).

Das Obergericht erkennt:

1. Die Beschwerde der Z. AG wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. **Rechtsmittel:**
Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
5. Zustellung an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und an das Staatssekretariat für Wirtschaft Seco.

Im Namen der 2. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtspräsident:

Der Obergerichtsschreiber:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Marc Giger

versandt am: 26. August 2021