



**Fall-Nr.:** AVI 2020/58  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 05.05.2022  
**Entscheiddatum:** 18.10.2021

### **Entscheid Versicherungsgericht, 18.10.2021**

**Art. 31 ff. AVIG. Kurzarbeitsentschädigung. Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr tragen grundsätzlich ein Betriebs- und Konkursrisiko und sind nicht generell von der Durchführung von Kurzarbeit ausgeschlossen (Erw. 3.2 f.). Vorliegend ist die Gefahr eines konkreten Arbeitsplatzabbaurisikos jedoch zu verneinen, da auf Grund des nur für kurze Zeit eingeschränkten Fahrplans nicht davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin in dieser Zeitspanne Personal abgebaut hätte, um dieses gleich wieder rekrutieren zu müssen, bzw. da auf Grund der (gesamtarbeits-)vertraglichen Regelung mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten gar keine Möglichkeit dazu bestand (Erw. 3.4) (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 18. Oktober 2021, AVI 2020/58). Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 8C\_769/2021.**

#### **Entscheid vom 18. Oktober 2021**

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen Michaela Machleidt Lehmann und Corinne Schambeck; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Geschäftsnr.

AVI 2020/58

Parteien

**A. \_\_\_ AG,**

**Beschwerdeführerin,**



## St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Christoph Senti, Kriessernstrasse 40,  
9450 Altstätten SG,

gegen

**Amt für Wirtschaft und Arbeit**, Rechtsdienst, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen,

**Beschwerdegegner,**

Gegenstand

**Kurzarbeitsentschädigung (Voranmeldeverfahren; COVID-19)**

**Sachverhalt**

**A.**

**A.a.** Am 23. März 2020 meldete die A.\_\_\_\_ AG beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen Kurzarbeit für ihre Betriebsabteilung Produktion (Fahrdienst/ Fahrausweiskontrolle) an. Dabei gab sie an, es seien 227 Mitarbeitende von der Durchführung der Kurzarbeit betroffen, die voraussichtlich vom 26. März 2020 bis zum 19. April 2020 dauere. Zur Begründung gab sie an, durch die Ausdünnung der Fahrpläne ab dem 26. März 2020 würden weniger Dienste und entsprechend weniger Personal benötigt. Durch die Schulschliessungen seien die Schulbusdienste weggefallen. Im Weiteren seien auch die Extrafahrten, Beiwagen sowie Bahnersatzfahrten weggefallen (act. G 3.1/A19). Am 27. März 2020 erneuerte die A.\_\_\_\_ AG ihre Anmeldung auf dem ausserordentlichen Formular für die Voranmeldung von Kurzarbeit auf Grund von behördlichen Massnahmen infolge der Pandemie Covid-19. Den zu erwartenden Arbeitsausfall bezifferte sie auf 30 % pro Monat (act. G 3.1/A20).

**A.b.** Mit Verfügung vom 18. Juni 2020 erhob das Amt für Wirtschaft und Arbeit Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung. Bei der A.\_\_\_\_ AG handle es sich um eine Aktiengesellschaft mit Beteiligung des Kantons St. Gallen, Gemeinden sowie privaten Aktionärinnen und Aktionären. Sie sei ein konzessioniertes Personentransportunternehmen. Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Verkehrs



## St.Galler Gerichte

basierten regelmässig auf Leistungs- oder Angebotsvereinbarungen zwischen dem Gemeinwesen und Betrieben, welche die entsprechenden Dienstleistungen anböten. In solchen Vereinbarungen würden regelmässig Abgeltungs- und/oder Kostenunterdeckungsregelungen getroffen. Entsprechend diesen Ausführungen sei davon auszugehen, dass die A.\_\_\_\_ AG grossmehrheitlich aus Mitteln der öffentlichen Hand finanziert werde. Folglich sei davon auszugehen, dass auch die durch die Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus verursachten Kosten und reduzierten Leistungen durch öffentliche Mittel finanziert würden und entsprechend kein unmittelbarer Verlust von Arbeitsplätzen drohe (act. G 3.1/A22).

**A.c.** Mit dagegen gerichteter Einsprache vom 6. Juli 2020 machte die A.\_\_\_\_ AG geltend, dass sie zwar im Auftrag von Bund und Kanton St. Gallen öffentlichen Linienverkehr betreibe und daher Zahlungen von der öffentlichen Hand erhalte. Dabei handle es sich jedoch nicht um eine Garantie oder Zusicherung der öffentlichen Hand, sondern um eine bestellte und daher bezahlte, klar definierte Leistung. Nicht zutreffend sei, dass im Fall eines Nachfragerückgangs respektive einer angeordneten Angebotsreduktion seitens der Auftraggeber eine Garantie oder Zusicherung für die vollständige Deckung der Betriebskosten bestehe. Vielmehr beinhalteten die Abgeltungsvereinbarungen mit Bund und Kanton St. Gallen zum Voraus klar festgelegte Abgeltungsbeträge, die explizit nachträglich nicht an den effektiven Geschäftsverlauf angepasst werden könnten. Ob und in welcher Form es auf Grund der Coronakrise eine ergänzende bundesweite Branchenlösung zur Deckung von Fehlbeträgen im öffentlichen Verkehr geben werde, sei zudem noch unklar. Folglich trage die A.\_\_\_\_ AG das volle Betriebs-, Verlust- und Konkursrisiko im Falle eines Nichterreichens der in den Abgeltungsvereinbarungen festgelegten Grössen. Durch den Lockdown seien die Einnahmen im öffentlichen Verkehr bei einem Frequenzrückgang von 85 % drastisch eingebrochen, wodurch bei der Einsprecherin für das Gesamtjahr 2020 mit einem Rückgang bei den Fahrgeldeinnahmen von 4,2 bis 5,4 Millionen Franken zu rechnen sei. Daraus folge im Weiteren auch, dass im Fall einer längerdauernden Krise ein Arbeitsplatzabbau mittels Entlassungen nicht nur wahrscheinlich, sondern sogar unausweichlich sei (act. G 3.1/A24).

**A.d.** Mit Entscheid vom 29. Oktober 2020 wies das Amt für Wirtschaft und Arbeit die Einsprache ab. Der Regional- und Ortsverkehr werde durch die öffentliche Hand



(Abgeltung) und durch die Fahrgäste (Erlöse) finanziert. Zur Aufrechterhaltung dieser Angebote ständen somit die Kantone und Gemeinden als Besteller in der Pflicht, finanzielle Unterstützung zu leisten. Gemäss Art. 28 Abs. 1<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes über die Personenbeförderung richte der Bund für das Jahr 2020 Abgeltungen in der Höhe eines Drittels der Covid-19-bedingten finanziellen Verluste an den Ortsverkehr aus. Für die behördlich angeordnete Einschränkung des öffentlichen Linienverkehrs zur Bekämpfung der Pandemie könne für den ausserordentlichen Personalaufwand demnach ein Dritter haftbar gemacht werden. Es bestehe keine weitergehende, subsidiäre Haftung der Arbeitslosenversicherung. Es sei daher nicht zu prüfen, ob ein unmittelbares, konkretes Arbeitsplatzabbaurisiko bestehe (act. G 3.1/A25).

### **B.**

**B.a.** Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 27. November 2020 mit dem Antrag auf dessen Aufhebung. Alsdann sei der Beschwerdeführerin die beantragte Kurzarbeitsentschädigung unter der Voraussetzung zuzusprechen, dass die übrigen noch zu prüfenden Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Eventualiter sei der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben und das Gesuch zur weiteren Prüfung an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin sei als privatrechtlich konstituierte und gewinnorientierte Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen. Entsprechend unterliege sie in Bezug auf Rechnungslegung, Haftung und Verantwortung insbesondere den privatrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts, namentlich Art. 725 ff OR im Falle einer Unterbilanz oder gar Überschuldung. Die bei der Beschwerdeführerin angestellten Mitarbeitenden arbeiteten gestützt auf privatrechtliche Arbeitsverträge nach Art. 319 ff. OR, die sich wiederum auf einen firmeneigenen Gesamtarbeitsvertrag abstützten. Dieser GAV sehe vor, dass die Arbeitsverhältnisse mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten gekündigt werden könnten. Die Beschwerdeführerin verfüge sodann über keinerlei Garantien der öffentlichen Hand. Weder die bestehenden Leistungsvereinbarungen mit Bund und Kanton, noch die Offerten der Beschwerdeführerin für die Fahrplanjahre 2020 und 2021 enthielten irgendwelche (Defizit-)Garantien, Bürgschaften, Subventionserhöhungen oder andere finanzielle Garantien zugunsten der Beschwerdeführerin, sollten die Verkehrserträge einbrechen. Die Beschwerdeführerin trage damit das volle wirtschaftliche Risiko in Bezug auf die



Leistungserbringung und trage auch das Risiko einer Illiquidität, Überschuldung oder gar eines Konkurses. Art. 28 Abs. 1<sup>bis</sup> PBG diene dazu, als letzte, subsidiäre Massnahme, d.h. nach Ausschöpfen aller Spar- und anderer Massnahmen, verbleibende Fehlbeträge auszugleichen. Zu solchen Massnahmen gehöre auch das Instrument der Kurzarbeitsentschädigung. Die Unternehmen hätten also trotz dieser Garantie die Pflicht, das Defizit so gering wie möglich zu halten und vorrangig auf andere Massnahmen zur Kostenreduktion zurückzugreifen, etwa auf die Entlassung von Personal. Im Weiteren greife die Abgeltung gemäss Art. 28 Abs. 1<sup>bis</sup> PBG erst, wenn die Spezialreserve nach Art. 36 PBG vollständig aufgelöst sei. Der Covid-19-bedingte Lockdown sowie die Schutzvorgaben des Bundes hätten für die Beschwerdeführerin massive finanzielle Folgen gezeitigt. So seien die durch das Fahr- und Technikpersonal geleisteten Arbeitszeiten in den Monaten März und April 2020 in den verschiedenen Depots massiv, teilweise um über 50 %, gesunken. Ebenso hätten die Corona-Massnahmen und Anordnungen zu einer drastischen Reduktion des Angebots in jeglicher Hinsicht geführt (Strecke, Fahrdauer, Anzahl Fahrten etc.). Diese Einbrüche seien auch in Bezug auf die Einnahmen aus Verkehrserträgen nicht ohne Folgen geblieben. Der Einbruch in den Monaten März bis September 2020 habe im zweistelligen Bereich gelegen und habe seinen Höchststand in den Monaten April (-30,3 %) und Mai 2020 (-53,9 %) erreicht. Insgesamt hätten sich die Mindereinnahmen aus Verkehrsertrag bis Ende Oktober 2020 gegenüber Vorjahr auf 1,7 Millionen Franken belaufen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners treffe nicht zu, dass die Beschwerdeführerin als Erbringerin von öffentlichen Leistungen kein Betriebs- bzw. Konkursrisiko trage. Ebenso treffe die in der Seco-Weisung 2020/15 vom 30. Oktober 2020 Ziff. 2.6 gezogene Schlussfolgerung nicht zu, dass mangels Betriebs- und Konkursrisikos kein Anlass zum Stellenabbau bestehe. Vielmehr sei ein Ausnahmefall gegeben, wie ihn das Seco in seiner Weisung definiere: Die Arbeitnehmenden hätten ohne Weiteres gekündigt werden können und die Verluste, die der Beschwerdeführerin daraus entstanden seien, dass diese Personen nicht hätten eingespart werden können, würden nicht ersetzt. Es bestehe somit ein unmittelbares, konkretes Arbeitsplatzabbaurisiko. Schliesslich würden die verfassungsmässigen Rechte der Beschwerdeführerin (Art. 27 BV, Wirtschaftsfreiheit) verletzt, wenn die Beschwerdeführerin, die im Rahmen der Submissionsverfahren in direkter Konkurrenz mit diversen anderen, ausserkantonalen oder gar nationalen Transportunternehmen



stehe, im Gegensatz zu diesen Unternehmen keine Kurzarbeitsentschädigung erhalte (act. G 1).

**B.b.** Mit Beschwerdeantwort vom 21. Dezember 2020 beantragt die Verwaltung die Abweisung der Beschwerde. Gemäss Weisung des Seco 2020/15 vom 30. Oktober 2020, Ziff. 2.6, sei die Gewährung von Kurzarbeitsentschädigung für die Mitarbeitenden eines Betriebs, der öffentliche Leistungen erbringe, nur dann zulässig, wenn die betroffenen Arbeitnehmenden einem unmittelbaren Arbeitsplatzabbaurisiko ausgesetzt seien. Obwohl bei einer Aktiengesellschaft theoretisch das Risiko eines Konkurses bestehe, werde der Betrieb der Beschwerdeführerin nicht ausschliesslich mit Einkünften von Privaten (Verkehrserträge) finanziert. Die Erbringer öffentlicher Leistungen trügen in der Regel kein Betriebs- bzw. Konkursrisiko, weil sie die ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahrzunehmen hätten. In der speziellen Situation der Pandemie sei zudem davon auszugehen gewesen, dass der öffentliche Verkehr grundsätzlich auch nach dem vorübergehenden Lockdown grösstenteils wieder entsprechend den festgelegten Fahrplänen durchgeführt werde und daher weiterhin gewährleistet werden könne und müsse. Mit dem dringlichen Bundesgesetz über die Unterstützung des öffentlichen Verkehrs in der Covid-19-Krise habe auch die Beschwerdeführerin Anspruch auf öffentliche Mittel zur Deckung der Mehrausgaben (Verluste). Demgegenüber könne bei einem Ausfall des Verkehrsertrags während des beschränkten Zeitraums von ca. vier Wochen (26. März 2020 bis 19. April 2020) mit einem Arbeitsausfall von 30 % nicht von einem unmittelbaren, konkreten Arbeitsplatzabbaurisiko gesprochen werden (act. G 3).

**B.c.** Mit Replik vom 22. Februar 2021 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung sei die Übernahme des "Arbeitsplatzabbaurisikos". Die Kurzarbeitsentschädigung solle verhindern, dass im Rahmen von Sparmassnahmen oder organisatorischen Anpassungen Arbeitsplätze abgebaut würden. Wie in der Beschwerde aufgezeigt, seien in der relevanten Periode nicht nur die von Privaten bezahlten Erträge deutlich zurückgegangen, sondern auch der Personalbedarf habe sich massiv reduziert. Damit hätte es sich angeboten, mit Kündigungen so rasch wie möglich auf den reduzierten Personalbedarf und die im Verhältnis zum Ertrag viel zu hohen Kosten zu reagieren. Dies sei jedoch im Hinblick auf die Kurzarbeitsentschädigung unterlassen worden. Gemäss BGE 121 V 362,



Regeste, könne selbst beim Personal öffentlicher Dienste ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Im Weiteren sei unzutreffend, dass subventionierte Linien unabhängig von der wirtschaftlichen Lage aufrecht zu erhalten seien, was (wohl) impliziere, dass weder das Angebot reduziert noch daraus der Personalbedarf sinke. Sodann sei das dringliche Bundesgesetz über die Unterstützung des öffentlichen Verkehrs in der Covid-19-Krise, das einen Anspruch auf öffentliche Mittel zur Deckung der Mehrausgaben gewährleiste, für den vorliegenden Fall nicht relevant. Im Zeitpunkt des vorliegenden Gesuchs sei dieses Gesetz weder erlassen noch in Kraft gewesen. Die Beschwerdeführerin habe sich im Frühjahr 2020 entscheiden müssen, ob sie Arbeitnehmende kündige und vielleicht später wieder einstelle, oder ob sie ein Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung einreiche und davon ausgehen könne, dass sie, wie andere Mitbewerber, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung habe, sofern sie die quantitativen Voraussetzungen erfülle. Selbst wenn dieses Bundesgesetz als relevanter Faktor zu beachten wäre, ändere dies nichts daran, dass gemäss Art. 28 Abs. 1<sup>bis</sup> PBG ein Verlustausgleich erst nach Auflösung der Spezialreserven der Unternehmung erfolge. Reserven dienten jedoch dazu, finanzielle Verluste aufzufangen, die nicht vermeidbar seien. Vorliegend hätte aber die Beschwerdeführerin im Frühling 2020 die Möglichkeit gehabt, Verluste durch Personalabbau zu reduzieren. Die Defizitgarantie des Art. 28 Abs. 1<sup>bis</sup> PBG sei somit kein geeignetes Instrument zur Vermeidung von Entlassungen. Schliesslich auferlege Art. 94 der Bundesverfassung dem Bund und den Kantonen die Pflicht zu wettbewerbsneutralem Verhalten. Unzulässig seien wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behinderten oder verzerrten. Da Mitbewerbern aus anderen Kantonen erwiesenermassen Kurzarbeitsentschädigung zugesprochen worden sei, verstosse die Verweigerung von Kurzarbeitsentschädigung gegenüber der Beschwerdeführerin gegen Art. 94 BV und 8 BV (act. G 7).

**B.d.** Mit Duplik vom 9. März 2021 macht der Beschwerdegegner geltend, die Kurzarbeitsentschädigung stelle Lohnersatz bei einem wirtschaftlich bedingten oder behördlich angeordneten vorübergehenden Arbeitsausfall dar. Es bestehe keine subsidiäre Haftung der Arbeitslosenversicherung gegenüber Leistungen gemäss dem revidierten Personenbeförderungsgesetz. Damit erfolge nämlich eine Abgeltung für



einen finanziellen Verlust für den Ortsverkehr. Eine Koordination mit dem Lohnersatz gemäss Kurzarbeitsentschädigung könne mit diesen Abgeltungen nicht gemacht werden. Insofern sei der Einspracheentscheid zu korrigieren. Auf Grund der Finanzierung durch den Bund und den Kanton St. Gallen sei bereits zum Zeitpunkt der Einreichung der Voranmeldung von Kurzarbeitsentschädigung klar gewesen, dass keine Angestellten der Betriebsabteilung Produktion (Fahrdienst, Fahrausweiskontrolle) entlassen werden müssten, um die Betriebskosten bei einem vorübergehenden, pandemiebedingten Arbeitsausfall zu senken (act. G 9).

### Erwägungen

#### 1.

Die Beschwerdeführerin reichte die Abrechnungsunterlagen der Kurzarbeitsentschädigung für die Abrechnungsperiode März 2020 am 14. Juli 2020, und damit nach Ablauf der 3-Monats-Frist gemäss Art. 38 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0), bei der Arbeitslosenkasse ein (act. G 3.2/6 f.). Demgegenüber sandte sie die Abrechnungen für die Abrechnungsperioden April 2020 und Mai 2020 (letzterer Monat ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens) ebenfalls am 14. Juli 2020 bzw. am 16. Juli 2020, und damit rechtzeitig innert der Dreimonatsfrist, der Arbeitslosenkasse (act. G 3.2/22 f. und 35 f.). Das Rechtsschutzinteresse ist somit zu bejahen und die Beschwerde ist materiell zu behandeln (vgl. BGE 124 V 75).

#### 2.

**2.1.** Arbeitnehmende, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben (Art. 31 Abs. 1 lit. a AVIG), der Arbeitsausfall anrechenbar ist (lit. b), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (lit. c) und der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (lit. d).

**2.2.** Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Ebenso anrechenbar sind Arbeitsausfälle, 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 (Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [SR 837.02]).

**2.3.** Das (unmittelbare) Arbeitsplatzrisiko besteht grundsätzlich nur bei Unternehmen, welche die Erbringung ihrer Dienstleistungen ausschliesslich mit den damit erzielten Einkünften oder Geldern von Privaten finanzieren. Erbringer von öffentlichen Leistungen tragen im Gegensatz zu privaten Unternehmern in der Regel kein Betriebs- bzw. Konkursrisiko, weil sie die ihnen von Gesetz übertragenen Aufgaben unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahrzunehmen haben (Leistungsaufträge). Allfällige finanzielle Engpässe, Mehraufwendungen oder gar Verluste aus deren Betriebstätigkeit werden aus öffentlichen Mitteln gedeckt. In diesen Fällen droht daher prinzipiell kein unmittelbarer Arbeitsplatzverlust, womit die Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigung in der Regel nicht gegeben sind. Diese Überlegungen gelten sowohl für öffentlich-rechtliche Arbeitgeber an sich wie auch für privatisierte Bereiche, die im Auftrag einer Gemeinde gestützt auf eine Vereinbarung Dienstleistungen erbringen. Die Gewährung von Kurzarbeitsentschädigung für die Mitarbeitenden von Erbringern einer öffentlichen Leistung ist nur dann zulässig, wenn die betroffenen Arbeitnehmenden einem unmittelbaren und konkreten Kündigungsrisiko ausgesetzt sind. Dies kann auch nur einen Teilbereich eines Leistungserbringers betreffen. Ein unmittelbares, konkretes Arbeitsplatzabbaurisiko besteht, sofern im Falle eines Nachfragerückgangs respektive einer angeordneten Angebotsreduktion seitens des Auftraggebers keine Garantie oder Zusicherung für die vollständige Deckung der Betriebskosten besteht und die betroffenen Betriebe zwecks Senkung der Betriebskosten die Möglichkeit haben, Arbeitnehmende unmittelbar zu entlassen. Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (vgl. Weisung des Seco 2020/10 vom 22. Juli 2020: Aktualisierung "Sonderregelungen auf Grund der Pandemie", Ziff. 2.6; AVIG-Praxis KAE, D36 und D37).

**2.4.** 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 373 E. 2a mit Hinweis). 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 vom Zeitpunkt der Voranmeldung aus und auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie beim Erlass des Einspracheentscheids bestanden haben (BGE 121 V 373 f. E. 2a mit Hinweis).

**2.5.** Der Zweck der Kurzarbeitsentschädigung besteht darin, einerseits den Versicherten einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Kurzarbeit zu garantieren und Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Kündigung und Entlassung zu verhindern. Andererseits dient die Kurzarbeitsentschädigung der Erhaltung von Arbeitsplätzen im Interesse sowohl der Arbeitnehmenden als auch der Arbeitgebenden, indem die Möglichkeit der Erhaltung eines "intakten Produktionsapparates" über die Zeit der Kurzarbeit hinweg geboten wird (BGE 121 V 375 E. 3a mit Hinweis).

### 3.

**3.1.** Der Beschwerdegegner verneinte die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin im Wesentlichen gestützt auf die Seco-Weisung 2020/10, Ziff. 2.6, wonach Unternehmen des öffentlichen Dienstes auf Grund der gesetzlich übertragenen und unabhängig von der wirtschaftlichen Lage durchzuführenden Aufgaben grundsätzlich kein Verlust- und Konkursrisiko trügen, sowie auf die Einführung des Art. 28 Abs. 1<sup>bis</sup> und 2<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes über die Personenbeförderung (SR 745.1; abgekürzt: PBG), wonach die Besteller von Leistungen des Regional- und Ortsverkehrs (Kantone, Gemeinden) sowie der Bund den durchführenden Unternehmen die wegen der Covid-19-Krise erlittenen finanziellen Verluste abgelten würden. Dadurch könne auch nicht von einem unmittelbaren, konkreten Arbeitsplatzabbaurisiko gesprochen werden. Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisiert und verfüge über keinerlei Defizitgarantien, Bürgschaften, Haftungserklärungen oder andere Zusicherungen des Kantons St. Gallen, die im Verlust- oder Konkursfall das Betriebsrisiko deckten. Im Weiteren arbeiteten ihre Angestellten auf der Basis von privatrechtlichen Arbeitsverträgen nach Art. 319 ff. OR, welche sich ihrerseits wiederum auf einen firmeneigenen Gesamtarbeitsvertrag abstützten.

**3.2.** Zunächst ist davon auszugehen, dass bei Transportunternehmen, die im Auftrag der bestellenden Gemeinwesen den Regional- und Ortsverkehr durchführen, grundsätzlich ein geringeres Verlust- und Konkursrisiko besteht, als bei privatrechtlichen Unternehmen, die in einem nicht konzessionierten Bereich tätig sind und ihre Leistung am freien Markt anbieten und erbringen müssen. Zwar ist richtig, dass die Besteller im Regional- und Ortsverkehr (Bund, Kantone und Gemeinden)



gemäss Art. 28 Abs. 1 und Abs. 4 PBG nur die laut Planrechnung voraussichtlich ungedeckt bleibenden Kosten abgelten; sie übernehmen also nicht automatisch die jeweilige Differenz zwischen dem gesamten Betriebsaufwand und den durch die Fahrkartenerlöse gedeckten Kosten. Insofern tragen die beauftragten Transportunternehmungen kurz- und mittelfristig tatsächlich ein gewisses Betriebsrisiko. Angesichts der - bedingt durch die vordefinierte, fahrplanmässig zu erbringende Leistung, die einem garantierten Absatz gleichkommt, sowie den Erfahrungswerten aus den vergangenen Jahren - guten Prognostizierbarkeit der anfallenden Betriebskosten sowie der Fahrkarteneinnahmen (zum grossen Teil [Verbund-]Abonnemente bzw. Einnahmen aus Verteilschlüssel) scheint sich dieses unter Normalbedingungen immerhin in Grenzen zu halten. Zudem werden die jeweiligen Abgeltungsverträge alle zwei Jahre neu offeriert und damit die von den Bestellern abzugeltenden Kosten neu veranschlagt (vgl. Beschwerde S. 5, Ziff. III.A.4 und act. G 1.3 - 1.5; vgl. auch Botschaft zum dringlichen Bundesgesetz über die Unterstützung des öffentlichen Verkehrs in der Covid-19-Krise vom 12. August 2020, BBI 2020, S. 6729). Es ist somit davon auszugehen, dass die durch die öffentliche Hand zu leistenden Beiträge längerfristig - zusammen mit den Fahrkartenerlösen - unter normalen Bedingungen grundsätzlich kostendeckend sind. So verzeichnete denn auch die Beschwerdeführerin in den Jahren 2018 und 2019 einen Jahresgewinn nach Steuern von rund 1,36 bzw. 1,47 Millionen Franken (act. G 1.6).

**3.3.** Pandemiebedingt ist im vorliegend massgebenden Zeitraum (26. März 2020 bis 19. April 2020) indessen von einem realisierten, (zunächst) durch die Beschwerdeführerin zu tragenden Verlust- und damit einem potentiellen Konkursrisiko auszugehen. So brachen die Verkehrserträge gemäss Einnahmestatistik der Beschwerdeführerin insbesondere in den Monaten April und Mai 2020 erheblich ein (act. G 1.9). Die Novelle des PBG vom 25. September 2020 (Art. 28 Abs. 1<sup>bis</sup> und 2<sup>bis</sup>; in Kraft seit 26. September 2020) war sodann weder zum Zeitpunkt der Gesuchstellung (23./27. März 2020) noch während der vorliegend zu beurteilenden Periode in Kraft. Im Übrigen schliesst die Defizitübernahme die Beanspruchung von Kurzarbeit nicht aus, wie dies auch aus der Botschaft zum neuen Art. 28 Abs. 1<sup>bis</sup> und 2<sup>bis</sup> PBG hervorgeht (BBI 2020, S. 6729). Diese nachmalig und rückwirkend für das (Rechnungs-)Jahr 2020 eingeführte bundesrechtliche Garantie einer Defizitübernahme durch die Besteller ist damit für die vorliegend zu beurteilende Frage unbeachtlich (vgl. Weisung des Seco 2020/10, Ziff. 2.6, wonach nachträglich von Parlament oder Bundesrat beschlossene Unterstützungsmassnahmen nicht zu einer Kürzung der Kurzarbeitsentschädigung führen). Des Weiteren ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin über eine vertragliche Garantie einer Defizitübernahme durch die bestellenden Gemeinwesen



verfügt hätte (mit Ausnahme der Übernahme von Mindereinnahmen [Vorabzügen] aus dem Tarifverbund Z-Pass bis Ende 2019 [vgl. Angebotsvereinbarungen mit Bund und Kanton St. Gallen vom 9. Mai 2018 bzw. 4. Juni 2018 [act. G 1.3 und 1.4 Ziff. 4]). Mithin kann nicht vom Vorliegen einer Garantie oder Zusicherung der vollständigen Deckung der Betriebskosten ausgegangen werden.

**3.4.** Es stellt sich somit die Frage, ob im beantragten Zeitraum das zusätzliche, kumulativ erforderliche konkrete Risiko eines Arbeitsplatzabbaus bei der Beschwerdeführerin bestand bzw. ob diese die Möglichkeit hatte, zwecks Senkung der Betriebskosten Arbeitnehmende unmittelbar zu entlassen. Dies ist wie in Erwägung 2.4 ausgeführt, prospektiv vom Zeitpunkt der Voranmeldung (März 2020) aus und auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie beim Erlass des Einspracheentscheids (29. Oktober 2020) bestanden haben, zu beurteilen. Diesbezüglich ist einmal grundsätzlich festzuhalten, dass der öffentliche Verkehr, wie ihn auch die Beschwerdeführerin durchführt, einer Fahrplan- und Transportpflicht unterliegt, sofern der Transport nicht durch Umstände verhindert wird, die das Unternehmen nicht vermeiden und deren Folgen es nicht abwenden kann (Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 PBG). Der öffentliche Personenverkehr war sodann nie durch die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19 [SR 818.101.24; abgekürzt: COVID-19-Verordnung 2]) behördlich eingeschränkt worden, sodass auch aus damaliger Sicht nicht von einer längeren bzw. massiven Reduktion des bestellten Angebots auszugehen war. Die Beschwerdeführerin legt auch keine konkrete, seitens des Kantons St. Gallen oder der involvierten Gemeinden angeordnete Reduktion des bestellten Angebots dar. Aus Sicht der Beschwerdeführerin war zum Anmeldezeitpunkt auf Grund der Ausdünnung der Fahrpläne ab 26. März 2020 sowie wegfallender Schulbusdienste, Extrafahrten, Beiwagen und Bahnersatzfahrten von einer Reduktion des Angebots in jeglicher Hinsicht (Strecke, Dauer, Anzahl Fahrten etc.) bis zur (damals) vorgesehenen Aufhebung der Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen am 19. April 2020 auszugehen (Beschwerde S. 9, Ziff. III.A.12; act. G 1.8 und G 3.1/A20; vgl. auch Art. 5 - 9, Art. 12 Abs. 6 COVID-19-Verordnung in der Fassung vom 17. März 2020 [AS 2020 783]). Zwar wird hier nicht in Abrede gestellt, dass die geltend gemachten Leistungsreduktionen vorübergehend zu erheblichen Mindereinnahmen geführt haben (denen aber immerhin auch eine Reduktion der variablen Kosten, etwa der Betriebsstoffe für die Fahrzeuge, gegenüberstand). Indessen erscheint nicht plausibel, dass eine Arbeitgeberin bei einem vorgesehenen Arbeitsausfall von 30 % während eines Zeitraums von gerade einmal dreieinhalb Wochen (26. März 2020 - 19. April 2020) Arbeitsplätze abbaut, um anschliessend wieder Personal rekrutieren zu müssen. So zeigt sich auch anhand der



Aufstellung in der Beschwerde, dass die Einsatzzeiten des Fahr- und Technikpersonals in den verschiedenen Depots in den Monaten März und April 2020 zwar massiv einbrachen (ausser beim Depot Grabs, das offenbar keine Arbeitsausfälle zu verzeichnen hatte), sich ab Mai 2020 aber bereits wieder deutlich erholten (vgl. auch die Abrechnungen zuhanden der Arbeitslosenkasse [act. G 3.2/6, 22 und 35]). Die Erträge erholten sich zeitlich leicht versetzt und befanden sich ab Juni 2020 wieder fast auf Vorkrisenniveau. Dasselbe Muster zeigte sich - wenn auch auf höherem Niveau - im Vorjahr 2019, wo die Erträge ebenfalls im April und Mai den Tiefststand erreichten und sich im Juni stark erholten, um im Juli (Sommerferien) wiederum einen Knick zu erleiden (Beschwerde S. 9, Ziff. III.A.11; act. G 1.7 und G 1.9). Im Übrigen wäre ein derart kurzfristiger Personalabbau auf Grund der gesamtarbeitsvertraglichen Kündigungsfristen von drei Monaten gar nicht möglich gewesen (vgl. act. G 1.2). Vielmehr musste die Beschwerdeführerin bereits bei der Gesuchseinreichung vom 27. März 2020 damit rechnen, dass der volle fahrplan- und vertragsgemässe Betrieb binnen kurzer Zeit (weniger als drei Monate) wieder durchzuführen und das dafür benötigte Personal einzuplanen ist. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin bestand somit keine Möglichkeit, Verluste durch Personalabbau während des beantragten, kurzfristigen Zeitraums zu reduzieren. Bei diesen Gegebenheiten ist ein unmittelbares, konkretes Arbeitsplatzabbaurisiko nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dargetan. Schliesslich stellt Art. 51 Abs. 1 AVIV vorliegend keine geeignete Grundlage für die Begründung eines Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung dar, werden doch mit dem dringlichen Bundesgesetz über die Unterstützung des öffentlichen Verkehrs in der Covid-19-Krise die den Transportunternehmen durch die behördlichen Massnahmen verursachten Schäden (vorbehältlich des - vom Gesetzgeber gewollten und alle Transportunternehmen gleichermassen treffenden - Verzehrs der Spezialreserven nach Art. 36 Abs. 2 PBG) ersetzt. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Umsatzeinbussen sind damit nicht über die Kurzarbeitsentschädigung abzugelten.

**3.5.** Anzumerken bleibt, dass weder aus Art. 8 (Rechtsgleichheit) und Art. 94 (Grundsätze der Wirtschaftsordnung) der Bundesverfassung (SR 101; abgekürzt: BV) noch aus Art. 36 Abs. 2 PBG (Spezialreserven) ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung abgeleitet werden kann. Aus Art. 8 BV ergibt sich unter Berücksichtigung des föderalen Systems der Schweiz lediglich, dass der Beschwerdegegner sämtliche ihm unterstellten Rechtssubjekte gleich behandeln muss, nicht jedoch, dass er die Rechtsauffassung anderer Kantone zu bestimmten Fragen übernehmen müsste, während in Art. 94 Abs. 3 BV ebenfalls auf die jeweilige Zuständigkeit von Bund und Kantonen hingewiesen wird. So bestehen etwa auch im



Bereich Unternehmenssteuern oder Wirtschaftsförderung unterschiedliche, wettbewerbsrelevante kantonale Regelungen, ohne dass dies verfassungswidrig wäre. Im Übrigen handelt es sich beim gewerbsmässig durchgeführten Personentransport um ein staatlich geregeltes und konzessioniertes Gewerbe (Art. 4 ff. PBG, vgl. auch Art. 32 ff. PBG zur Ausschreibung), sodass die Beschwerdeführerin während der Laufzeit der jeweiligen Leistungsvereinbarungen mit den Bestellern und der entsprechenden Konzessionen des Bundes auf ihren Linien ohnehin keinem unmittelbaren Wettbewerb mit anderen Transportunternehmungen ausgesetzt ist. Dass die Beschwerdeführerin unter dem Regime des Art. 28 Abs. 1<sup>bis</sup> PBG zunächst die Spezialreserven nach Art. 36 Abs. 2 PBG aufbrauchen muss, ist sodann nur folgerichtig, handelt es sich dabei doch um jene Mittel, die sie zuvor dadurch äufnen konnte, dass die Erträge und die Abgeltungen der Besteller die Gesamtaufwendungen für die abgeltungsberechtigten Verkehrssparten überstiegen hatten, wobei sie lediglich zwei Drittel dieser Überschüsse in die Reserve hatte einbringen müssen. Die über die Maximalreserve von 25 Prozent des Jahresumsatzes der abgeltungsberechtigten Verkehrssparten oder von 12 Millionen Franken hinausgehenden, sowie in nicht abgeltungsberechtigten Sparten des konzessionierten Verkehrs erzielten Überschüsse stehen ihr weiterhin zur freien Verfügung (Art. 36 Abs. 2 und 4 PBG).

**3.6.** Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (aArt. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [SR 830.1; abgekürzt: ATSG] in der bis 31. Dezember 2020 gültig gewesenen, für das vorliegende Verfahren gemäss Art. 82a ATSG noch anwendbaren Fassung).

### Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.