



Fall-Nr.: AVI 2022/20
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 21.02.2023
Entscheiddatum: 12.12.2022

Entscheid Versicherungsgericht, 12.12.2022

Art. 31 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 AVIG. Kurzarbeitsentschädigung. Unternehmen im Bereich der Erbringung von öffentlichen Leistungen (Service Public) haben mittels geeigneter Unterlagen nachzuweisen, dass ein konkretes Arbeitsplatzabbaurisiko besteht. Ein solches besteht, wenn erstens von Seiten der Auftraggeber keine Garantie/Zusicherung für die vollständige Deckung der Betriebskosten besteht und - zweitens -, wenn die betroffenen Betriebe zwecks Senkung der Betriebskosten die Möglichkeit haben, Arbeitnehmende unmittelbar zu entlassen (E. 1.3). Nachdem die Beschwerdeführerin im Rückweisungsverfahren entsprechende Unterlagen vorgelegt hat, ist nunmehr davon auszugehen, dass die genannten Bedingungen erfüllt sind (E. 2.5) (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. Dezember 2022, AVI 2022/20).

Entscheid vom 12. Dezember 2022

Besetzung

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

Geschäftsnr.

AVI 2022/20

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. Die A.____ AG meldete am 23. März 2020 beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen Kurzarbeit für 227 Mitarbeitende der Betriebsabteilung Produktion (Fahrdienst/Fahrausweiskontrolle) an. Als voraussichtliche Dauer der Massnahme nannte sie den Zeitraum vom 26. März 2020 bis zum 19. April 2020. 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 (AVI 2020/58, act. G 3.1/A19). Am 27. März 2020 erneuerte die Arbeitgeberin 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 (AVI 2020/58, act. G 3.1/A20).

A.b. Nachdem das Amt für Wirtschaft und Arbeit mit Verfügung vom 18. Juni 2020 und Einspracheentscheid vom 29. Oktober 2020 - im Wesentlichen mit der Begründung, auf Grund der regelmässig zwischen den Gemeinwesen und den Verkehrsbetrieben bestehenden Abgeltungs- und/oder Kostenunterdeckungsregelungen bestehe kein unmittelbares Arbeitsplatzabbaurisiko bzw. sei ein solches gar nicht zu prüfen - gegen



die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung Einspruch erhoben hatte bzw. daran festhielt, erhob die Arbeitgeberin Beschwerde beim hiesigen Versicherungsgericht und beantragte, die Durchführung von Kurzarbeit sei zu bewilligen (AVI 2020/58, act. G 1).

A.c. Mit Entscheid vom 18. Oktober 2021 (AVI 2020/58) wies das Versicherungsgericht die Beschwerde ab. Dabei anerkannte das Gericht, dass die Arbeitgeberin zwar kurz- und mittelfristig ein gewisses Betriebsrisiko trage, wenn sich dieses auch angesichts der guten Prognostizierbarkeit der anfallenden Betriebskosten sowie der Fahrkarteneinnahmen (zum grossen Teil Abonnemente) unter Normalbedingungen wohl in Grenzen halte. Pandemiebedingt sei im vorliegend massgebenden Zeitraum (26. März 2020 bis 19. April 2020) allerdings von einem realisierten, zunächst durch die Arbeitgeberin zu tragenden Verlust- und damit von einem potentiellen Konkursrisiko auszugehen. Es könne nicht vom Vorliegen einer Garantie oder Zusicherung der vollständigen Deckung der Betriebskosten ausgegangen werden. Das Gericht erachtete jedoch auf Grund der prospektiv lediglich kurzzeitig zu erwartenden Einschränkungen im öffentlichen Verkehr und der dadurch arbeitsvertraglich fehlenden Möglichkeit (3-monatige Kündigungsfristen), Verluste durch Personalabbau zu reduzieren, das - als kumulative Bedingung zu erfüllende - Vorliegen eines unmittelbaren, konkreten Arbeitsplatzabbaurisikos als nicht überwiegend wahrscheinlich (E. 3.4 [vgl. zum ausführlichen Sachverhalt: Entscheid vom 18. Oktober 2021, AVI 2020/58]).

B.

B.a. Gegen diesen Entscheid erhob die A.____ AG Beschwerde beim Bundesgericht mit dem Antrag auf dessen Aufhebung. Alsdann sei der Beschwerdeführerin in Form eines positiven Vorbescheids die beantragte Kurzarbeitsentschädigung zuzusichern. Eventualiter sei der Entscheid des Versicherungsgerichts vom 18. Oktober 2021 aufzuheben und die Sache an die Verwaltung zurückzuweisen, damit sie das Gesuch im Anschluss an die Nachreichung allfälliger weiterer Unterlagen erneut prüfe. Das Versicherungsgericht sei beim Sachverhalt zu Unrecht davon ausgegangen, die Kurzarbeit werde voraussichtlich nur 3,5 Wochen betragen, obwohl die Beschwerdeführerin der Arbeitslosenkasse bekanntermassen KAE-Abrechnungen für die ganzen Monate April und Mai 2020 eingereicht habe. Wann ein Arbeitsausfall



anrechenbar sei, ergebe sich aus Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG. Demnach müsse dieser auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sein und einen Beschäftigungsrückgang von mindestens 10 % ausmachen. Eine Mindestdauer sei nicht erforderlich. Führte eine kurze Dauer der beantragten Kurzarbeitsentschädigung zum Wegfall der Vermutung, dass Arbeitsplätze erhalten werden könnten, hätte dies zur Folge, dass gar nie eine Kurzarbeitsentschädigung zugesprochen werden könnte, wenn im Zeitpunkt des Gesuchs bzw. des Einspracheentscheids klar sei, dass die Dauer der beantragten Kurzarbeitsentschädigung kürzer sei als die arbeitsvertraglichen Kündigungsfristen. Im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung sei nicht abschliessend bekannt gewesen, wie lange der Arbeitsausfall dauern würde. Zu diesem Zeitpunkt habe sich die Unternehmensleitung in Unkenntnis der schlussendlichen Dauer des Arbeitsausfalls entscheiden müssen, ob Arbeitnehmende zu entlassen seien oder Kurzarbeitsentschädigung beantragt werden könne. Zudem wäre es auch bei einem lediglich 3,5 Wochen dauernden Arbeitsausfall von 30 % ohne Weiteres möglich und betriebswirtschaftlich sinnvoll gewesen, einige Stellen definitiv abzubauen und die übrigen Arbeitnehmenden nach den 3,5 Wochen länger arbeiten zu lassen, um die entstandenen Minusstunden zu kompensieren.

B.b. Mit Urteil 8C_769/2021 vom 3. Mai 2022 hob das Bundesgericht den Entscheid des Versicherungsgerichts vom 18. Oktober 2021 auf und verpflichtete letzteres, die gemäss Seco massgeblichen Fragen des Umfangs der Deckung der Betriebskosten durch die öffentliche Hand sowie der Kündigungsmöglichkeiten zu klären und nach Prüfung einer Leistungsberechtigung gestützt auf eine entsprechende Gesamtbetrachtung neu zu entscheiden. Es begründete seinen Entscheid im Wesentlichen damit, dass nicht allein auf Grund der bis 19. April 2020, also auf 3,5 Wochen befristeten behördlichen Massnahmen ("Lockdown") und der im Gesuch dementsprechend genannten voraussichtlichen Dauer des Arbeitsausfalls davon ausgegangen werden könne, die Gesuchstellerin habe lediglich einen entsprechend kurzfristigen Nachfragerückgang erwarten und unter diesen Umständen als konzessioniertes Personentransportunternehmen keine Kündigungen in Betracht ziehen müssen. Immerhin stelle das kantonale Gericht selber fest, dass die Einsatzzeiten des Fahr- und Technikpersonals - selbst unter Berücksichtigung eines ähnlichen Musters im gleichen Zeitraum im Vorjahr - in den Monaten März und April



2020 massiv eingebrochen seien und sich danach erst im Juni erholten hätten. Soweit diese Einbrüche Bereiche der Beschwerdeführerin betroffen haben sollten, in denen durch die Leistungsvereinbarung keine Zusicherung für eine vollständige Deckung der Betriebskosten bestanden habe, trage sie wie jedes private Unternehmen ein entsprechendes Betriebs- bzw. Konkursrisiko, dem ein solches Unternehmen mit Kündigungen begegnen würde. Im angefochtenen Entscheid fänden sich keine Feststellungen dazu, ob beziehungsweise in welchem Zeitrahmen eine entsprechende Möglichkeit bestanden habe.

C.

C.a. In Nachachtung dieses Bundesgerichtsurteils lässt das Versicherungsgericht der Beschwerdeführerin am 8. Juni 2022 einen Fragekatalog, insbesondere zur Plausibilisierung konkret drohender Kündigungen von Mitarbeitenden, zukommen (act. G 3).

C.b. Mit Antwort vom 22. September 2022 führt die Beschwerdeführerin zunächst aus, zentraler Aspekt des bundesgerichtlichen Rückweisungsurteils sei die vorgelagerte Frage, in welchen Bereichen sie einem Konkursrisiko unterliege. Gestützt auf ihre Offerten schliesse sie mit den betroffenen Kantonen und mit dem Bundesamt für Verkehr eine Leistungsvereinbarung ab, welche die abgeltungsberechtigten Linien definiere. Für diese Leistung erhalte sie einen fixen Betrag in voraus vereinbarter Höhe. Diese Zahlungen deckten die Betriebskosten nicht vollständig. Vielmehr handle es sich um einen, wenn auch wesentlichen, unterstützenden Beitrag an die gesamten Betriebskosten. Zusätzlich müssten diese aber mit Privateinnahmen finanziert werden, die einen wesentlichen Teil des gesamten Ertrags ausmachten. Daraus ergebe sich, dass nicht nur für die Betriebsabteilungen ausserhalb des konzessionierten Betriebs ein Konkursrisiko bestehe, sondern auch für den konzessionierten Bereich, für welchen keine Kostendeckungsgarantie existiere. Zu den konkreten Fragen führte die Beschwerdeführerin aus, dass sich die Kurzarbeit einzig auf den Bereich Fahrdienste (Chauffeure) beziehe, welcher zusammen mit der Fahrausweiskontrolle unter der Betriebsabteilung "Produktion" geföhrt werde. Korrekt sei, dass die zur Unternehmensgruppe gehörende B.____ AG diverse betriebliche Leistungen erbringe (insbesondere Werkstatt und Reinigung). Zwischen der Beschwerdeführerin und der



B.____ AG bestehe eine Leistungsvereinbarung; das diesbezügliche Personal werde von der B.____ AG gestellt. Die Beschwerdeführerin habe keine Angestellten im Bereich Werkstatt, Extra-, Shuttle- oder Transferfahrten. Die Ausdünnung des Fahrplans sei gestützt auf die verbindlichen Anweisungen des Bundesamtes für Verkehr erfolgt, das zusammen mit der Systemführerin (Post CH AG, PostAuto) jeweils bekannt gegeben habe, welche Fahrdienste einzustellen seien. Ausserhalb des konzessionierten Bereichs habe es weitere Ausfälle bei den Extrafahrten gegeben, jedoch nicht in einem Ausmass, das zu einem Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung geführt hätte. Ein Kündigungsrisiko habe bestanden und bestehe immer noch im Bereich Fahrdienste (Chauffeure). Die dazu einzuhaltenden Kündigungsfristen betrügen gemäss anwendbaren GAV drei Monate (act. G 8).

C.c. Mit Stellungnahme vom 6. Oktober 2022 macht der Beschwerdegegner geltend, dass die kantonale Amtsstelle einzig zu prüfen habe, ob ein unmittelbares, konkretes Arbeitsplatzabbaurisiko bestehe und der Arbeitgeber dies anhand von geeigneten Unterlagen nachzuweisen vermöge. Es obliege somit den Betrieben, die öffentliche Leistungen (Service Public) erbrächten, mit geeigneten Unterlagen (Personalreglemente, Arbeitsverträge, Leistungsaufträge, Konzessionen, Subventionsvereinbarungen, GAV etc.) glaubhaft nachzuweisen, dass im Fall eines Arbeitsausfalls ein unmittelbares, konkretes Kündigungsrisiko bestehe. Weitere Prüfungen seien nicht erforderlich. Die Beschwerdeführerin bleibe sowohl den Nachweis schuldig, dass keine Garantie/Zusicherung für die vollständige Deckung der Betriebskosten bestehe, als auch, dass sie die Möglichkeit habe, die betroffenen Arbeitnehmenden unmittelbar zu entlassen. Diese beiden Voraussetzungen seien kumulativ zu erfüllen und vom Betrieb mittels geeigneter Unterlagen zu belegen. Einzig der Verweis, dass die Betriebskosten nicht vollständig durch die Leistungsvereinbarung gedeckt seien, reiche nicht aus und bedeute nicht, dass der Kanton für die entstandenen Zusatzkosten mittels Defizitübernahme nicht eingesprungen wäre. Ein allfälliger Fehlbetrag sei nicht gleichzusetzen mit Mindereinnahmen gestützt auf behördliche Massnahmen infolge einer Pandemie. Ebenso sei die Frage der Kündigungsmöglichkeiten bei den betroffenen Mitarbeitenden nicht geklärt. Entsprechende Personalreglemente oder die konkreten Arbeitsverträge lägen nicht vor. Obwohl bereits auf Grund des fehlenden Nachweises seitens der Beschwerdeführerin



die Kurzarbeit verneint werden könnte, werde beantragt, dem zuständigen Amt für öffentlichen Verkehr des Volkswirtschaftsdepartementes des Kantons St. Gallen die Fragestellung der Defizitübernahme auf Grund der Fahrplanreduktion sowie des Mitsprachrechts des Kantons bei den Entlassungen von Arbeitnehmenden bei der Beschwerdeführerin zu unterbreiten (act. G 10).

Erwägungen

1.

1.1. 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).

1.2. 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 von Arbeitgebenden zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, wenn Arbeitgebende sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen können (Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [SR 837.02]).

1.3. 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 Unternehmen in der Regel kein Betriebs- bzw. Konkursrisiko, weil sie die ihnen vom 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 Arbeitgebende 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 Kündungsrisiko 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 der Auftraggebenden 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. Die kantonale Amtsstelle hat einzig zu prüfen, ob ein unmittelbares, konkretes Arbeitsplatzabbaurisiko besteht und der Arbeitgeber dies anhand von geeigneten Unterlagen nachzuweisen vermag. Es obliegt somit den Betrieben, die öffentlichen Leistungen (Service Public) erbringen, mit geeigneten Unterlagen (Personalreglemente, Arbeitsverträge, Leistungsaufträge, Konzessionen, Subventionsvereinbarungen, GAV etc.) gegenüber der kantonalen Amtsstelle glaubhaft nachzuweisen, dass im Falle eines Arbeitsausfalls ein unmittelbares, konkretes Kündungsrisiko bestehe. Weitere Prüfungen sind nicht erforderlich. Die Einführung von Kurzarbeit ist nur dann abzulehnen, wenn die von den Arbeitgebenden eingereichten Unterlagen das Bestehen eines Arbeitsplatzverlustrisikos nicht rechtsgenügend nachzuweisen vermögen (Weisung des Seco 2020/10 vom 22. Juli 2020: Aktualisierung "Sonderregelungen auf Grund der Pandemie", Ziff. 2.6 [nachfolgend: Seco-Weisung]; AVIG-Praxis KAE, D36 und D37). In seinem Entscheid 8C_769/2021 vom 3. Mai 2022 zum vorliegenden Sachverhalt hat das Bundesgericht diese Seco-Weisung im Ergebnis ausdrücklich als bundesrechtskonform bezeichnet (E. 5.2).

1.4. 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).

1.5. 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).

2.

2.1. Gemäss dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts hat das hiesige Versicherungsgericht im vorliegenden Verfahren "die gemäss Seco [-Weisung 2020/10, Ziff. 2.6] massgeblichen Fragen des Umfangs der Deckung der Betriebskosten durch die öffentliche Hand sowie der Kündigungsmöglichkeiten" zu klären und "nach Prüfung einer Leistungsberechtigung gestützt auf eine entsprechende Gesamtbetrachtung" neu zu entscheiden (Urteil vom 3. Mai 2022, 8C_769/2021, E. 6).

2.2. Das Versicherungsgericht hat die erste Frage gemäss Seco-Weisung, Ziff. 2.6, nach der Deckung der Betriebskosten durch die öffentliche Hand im aufgehobenen Entscheid vom 18. Oktober 2021 bereits dahingehend beantwortet, dass sich das Betriebs- und Konkursrisiko bei der Beschwerdeführerin auf Grund der guten Prognostizierbarkeit von Einnahmen und Ausgaben im Normalfall zwar in Grenzen halte (E. 3.2), im gegebenen ausserordentlichen Fall aber mangels Garantie oder Zusicherung der vollständigen Deckung der Betriebskosten - auch im konzessionierten Bereich - von einem realisierten, (zunächst) durch die Beschwerdeführerin zu tragenden Verlust- und damit von einem potentiellen Konkursrisiko auszugehen sei (E. 3.3; vgl. auch die Erfolgsrechnung des Jahres 2019, wonach der Verkehrsertrag rund 12,3 Mio. Franken, die Abgeltungen der Besteller rund 20,8 Mio. Franken ausmachten bei einem Gesamtertrag in Höhe von rund 38,7 Mio. Franken [AVI 2020/58, act. G 1.6]). Mithin betrachtete es die erste Bedingung für die Gewährung von Kurzarbeitsentschädigung gemäss Seco-Weisung als erfüllt. Auch aufgrund der nach dem Entscheid des Bundesgerichts erfolgten Abklärungen besteht für das Versicherungsgericht kein Anlass, von dieser Einschätzung abzuweichen. Entgegen der beschwerdegegnerischen Ansicht braucht hier auch nicht unterschieden zu werden, ob ein allfälliger Fehlbetrag einzig auf die pandemiebedingten Einschränkungen zurückzuführen ist oder auch noch andere Ursachen hat, was ohnehin schwierig zu



eruiert wäre. Massgebend ist einzig, dass das Unternehmen über keine Defizitgarantie verfügt, wovon vorliegend wie gesagt auszugehen ist.

2.3. Das Versicherungsgericht verneinte indessen im aufgehobenen Entscheid die zweite, kumulativ zu erfüllende Bedingung, wonach die Arbeitgeberin die Möglichkeit haben muss, zwecks Senkung der Betriebskosten Arbeitnehmende unmittelbar zu entlassen. Es begründete dies in erster Linie damit, dass bei einem vorgesehenen Arbeitsausfall von lediglich 30 % während dreieinhalb Wochen ein Arbeitsplatzabbau unplausibel erscheine. Als zusätzliche Begründung führte es aus, dass im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung prospektiv damit habe gerechnet werden müssen, dass der volle fahrplan- und vertragsgemässe Betrieb innerhalb eines Zeitraums, der wohl nicht länger sei als die einzuhaltende gesamtarbeitsvertragliche Kündigungsfrist von drei Monaten, wieder aufgenommen werden müsse, was Entlassungen ebenfalls als unwahrscheinlich erscheinen lasse (E. 3.4). Dazu hielt das Bundesgericht fest, dass nicht allein auf Grund der (zunächst) bis 19. April 2020, somit auf dreieinhalb Wochen befristeten behördlichen Massnahmen ("Lockdown") und der im Gesuch dementsprechend genannten voraussichtlichen Dauer des Arbeitsausfalls auf einen lediglich so kurzfristigen Nachfragerückgang geschlossen werden könne, der von vornherein Kündigungen als unwirtschaftlich hätte erscheinen lassen (E. 6 2. Absatz).

2.4. In Nachachtung des bundesgerichtlichen Urteils hat das Versicherungsgericht am 8. Juni 2022 weitere, auf die konkret drohende Gefahr von Kündigungen von Mitarbeitenden zielende Abklärungen bei der Beschwerdeführerin getätigt, namentlich in Bezug auf die Reduktion des Angebots (Fragen 3 und 4 [act. G 3]). In ihrer Antwort vom 22. September 2022 führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, die Auswirkungen der Angebotsreduktion bzw. die Kurzarbeit hätten sich auf die Chauffeure beschränkt, während das Personal der Fahrausweiskontrolle anderweitig habe beschäftigt werden können. Im konzessionierten Bereich sei die Ausdünnung des Fahrplans gestützt auf die verbindlichen Anweisungen des Bundesamtes für Verkehr erfolgt, das zusammen mit der Systemführerin (Post CH AG und PostAuto) jeweils bekannt gegeben habe, welche Fahrdienste einzustellen seien. Ausserhalb des konzessionierten Bereichs habe es zwar Ausfälle bei den Extrafahrten gegeben. Dies jedoch nicht in einem Ausmass, welches zu einem Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung geführt hätte (die entsprechenden Chauffeure für die Extra-, Shuttle- oder Transferfahrten waren offenbar ohnehin nicht bei der Beschwerdeführerin angestellt [vgl. Antwort zu Frage 2; act. G 8]). Das Kündigungsrisiko habe im Bereich der Fahrdienste (Chauffeure) bestanden. Dies wegen der Pflicht zur Ergreifung angemessener Kostensenkungsmassnahmen als Folge der angeordneten



Ausdünnungen des Fahrplans und des damit einhergehenden Wegfalls privater Verkehrserträge. Gemäss GAV hätten die einzuhaltenden Kündigungsfristen nach Ablauf der Probezeit drei Monate betragen (act. G 8). Aus den eingereichten Beilagen (Mitteilung der Systemführerin des öffentlichen Verkehrs auf der Strasse [PostAuto] vom 16. März 2020) ergibt sich sodann, dass das Angebot im Regionalverkehr auf der Strasse ab dem 19. März 2020 wie folgt zu reduzieren sei: Busse, die aktuell im Viertelstundentakt verkehrten, führen neu im Halbstundentakt. Busse, die aktuell ausserhalb der dichten Agglomerationen im Halbstundentakt verkehrten, würden auf den Stundentakt reduziert. Zudem würden keine Nachtkurse mehr angeboten (act. G 8.1). In der Medienmitteilung vom 16. März 2020 wiesen die SBB ebenfalls darauf hin, dass das Schweizer öV-Angebot ab 19. März 2020 schrittweise reduziert werde. Dies betreffe neben dem Regionalverkehr auch den Fernverkehr auf der Schiene. Demgemäss verkehrten die Züge des Fernverkehrs generell im Stunden- statt im Halbstundentakt. Auch werde das öV-Angebot zwischen der Schweiz und ihren Nachbarländern stark reduziert. Züge des internationalen Fernverkehrs führen nur noch bis an die Grenzbahnhöfe (act. G 8.2). In einem weiteren Bulletin vom 17. März 2020 teilte PostAuto den Transportunternehmen im regionalen öffentlichen Personenverkehr auf der Strasse mit, es sei das Ziel, die erste Reduktion bis Montag, 23. März 2020, im Fahrplan abzubilden und umzusetzen. Die zweite Reduktion erfolge bis Donnerstag, 26. März 2020. Weitere kleinere Reduktionen und Anpassungen sollten bis Montag, 30. März 2020, umgesetzt sein. Damit sollte es möglich sein, ab April 2020 wieder einen stabilen Fahrplan und Betrieb anzubieten (act. G 8.3).

2.5. Auf Grund dieser neu eingereichten Unterlagen kann - entgegen den Ausführungen im aufgehobenen Entscheid vom 18. Oktober 2021 (AVI 2020/58) - nunmehr davon ausgegangen werden, dass der öffentliche Verkehr ab 19. März 2020 behördlich erheblich eingeschränkt wurde und von einem auf unbestimmte Zeit auf tiefem Niveau stabilisierten Fahrplan die Rede war. Zum Zeitpunkt der Anmeldung von Kurzarbeit musste die Beschwerdeführerin somit annehmen, dass sich die verordnete Angebotsreduktion und damit der - bereits im Entscheid vom 18. Oktober 2021 festgestellte (E. 3.4) - massive anfängliche Einbruch der Erträge aus Fahrkarteneinnahmen auf längere bzw. unbestimmte Zeit fortsetzen könnten. Gemäss gesamtarbeitsvertraglicher Regelung hatte und hat die Beschwerdeführerin sodann die Möglichkeit, Arbeitsverhältnisse nach Ablauf der Probezeit mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zu kündigen (Ziff. 4.1.3 [AVI 2020/58, act. G 1.2]; nach aktueller Fassung des GAV, gültig ab 1. Januar 2022, besteht im ersten Dienstjahr nurmehr eine Kündigungsfrist von einem Monat [Gesamtarbeitsvertrag zwischen der A.____ AG und B.____ AG und dem SEV - Gewerkschaft des Verkehrspersonals, Ziff. 4.1.3 [<https://>



www.sev-online.ch> unter DEINE RECHTE/DEIN GAV/PRIVATE TRANSPORTUNTERNEHMEN, abgerufen am 29. November 2022]). Zusammenfassend kann die Beschwerdeführerin somit anhand von geeigneten Unterlagen im Sinn der Seco-Weisung nachweisen, dass sie wie ein privates Unternehmen Arbeitsverhältnisse kündigen kann. Es ist nicht plausibel, dass ein allfälliges Personalreglement oder die konkreten Arbeitsverträge die gesamtarbeitsvertraglich festgelegte Kündigungsmöglichkeit weiter einschränken sollten, wie dies der Beschwerdegegner offenbar annimmt (Stellungnahme vom 6. Oktober 2022 [act. G 10]). Auf das Einholen entsprechender Unterlagen wie auch einer Auskunft beim Amt für öffentlichen Verkehr des Volkswirtschaftsdepartementes des Kantons St. Gallen kann somit verzichtet werden. Insbesondere fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, dass der Kanton bei den Entlassungen der privatrechtlich angestellten Arbeitnehmenden ein Mitspracherecht haben könnte, der Beschwerdegegner nennt für diese Vermutung denn auch keine gesetzliche Grundlage. Im Weiteren erscheint die Wirtschaftlichkeit der Kündigung von Arbeitsverhältnissen auf Grund der dargelegten Situation nicht mehr von vornherein als unplausibel. Aus dem Bundesgerichtsurteil vom 3. Mai 2022 ergibt sich allerdings nicht klar, ob Überlegungen zur Wirtschaftlichkeit von allfälligen Kündigungen (bzw. zum hypothetischen Vorgehen eines rational handelnden Arbeitgebers) überhaupt erforderlich sind. Zwar bezieht sich das Bundesgericht ebenfalls auf den wirtschaftlichen Aspekt (der vorliegend nicht verneint werden könne, da nicht von vornherein von einem lediglich bis 19. April 2020 dauernden Nachfragerückgang habe ausgegangen werden können), um im gleichen Abschnitt auszuführen, dass ein privates Unternehmen ohne Defizitgarantie einem Einnahmeneinbruch (offenbar ohne Rücksicht auf dessen Dauer und damit die Frage der Wirtschaftlichkeit) mit Kündigungen begegnen würde, wenn nur die vertragliche Möglichkeit dazu bestehe (E. 6 2. Absatz). Gemäss der für bundesrechtskonform befundenen Seco-Weisung sind diesbezüglich jedenfalls keine weiteren Prüfungen erforderlich, sodass es damit sein Bewenden hat.

2.6. Die Beschwerdeführerin hat demnach unter Vorbehalt der übrigen (durch die Arbeitslosenkasse zu prüfenden [vgl. Art. 39 Abs. 1 AVIG]) Anspruchsvoraussetzungen Anspruch auf die Durchführung von Kurzarbeit ab dem 26. März 2020 (wobei der Antrag auf Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung für den März 2020 wohl verspätet bei der Arbeitslosenkasse eingereicht wurde und damit verwirkt ist [AVI 2020/58, act. G 3.2/B2]; vgl. auch Art. 38 Abs. 1 AVIG). Die Kasse wird bei der Bearbeitung der Abrechnungsanträge und der Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung allerdings ein Augenmerk darauf zu richten haben, dass in diesem Verfahren nur bei der Beschwerdeführerin (und nicht bei der B.____ AG oder



anderen Gruppengesellschaften) beschäftigte Personen (Chauffeure) abgerechnet werden, während das Technikpersonal (Werkstätten) sowie das Personal für die weiteren Bereiche nach eigenen Ausführungen der Beschwerdeführerin entweder nicht bei ihr angestellt ist (Personal für Extra-, Shuttle- oder Transferfahrten) oder aber keinen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Kontrolleure [vgl. act. G 8]). Noch in der Beschwerde vom 27. November 2020 wurde nämlich bei den reduzierten Arbeitszeiten auch das Technikpersonal erwähnt (vgl. AVI 2020/58, act. G1 Ziff. III.A.11 und Beilage 7).

2.7.

2.7.1. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 29. Oktober 2020 aufzuheben. Sodann ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin vorbehältlich der übrigen Anspruchsvoraussetzungen Anspruch auf die Durchführung von Kurzarbeit ab dem 26. März 2020 hat.

2.7.2. Gerichtskosten sind keine zu erheben, nachdem das AVIG keine solchen vorsieht (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG).

2.7.3. Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen. In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'500.-- bis Fr. 15'000.--. Im vorliegenden Fall erscheint angesichts des erweiterten Verfahrens, das auch die Prozedur AVI 2020/58 umfasst, eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 4'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin somit mit Fr. 4'000.-- zu entschädigen.

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 29. Oktober 2020 aufgehoben und festgestellt, dass die Beschwerdeführerin vorbehältlich der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen ab dem 26. März 2020 Kurzarbeit durchführen kann.



2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin eine Parteienschädigung von Fr. 4'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.