[AZA 7]
C 60/01 Vr

IV. Kammer

Bundesrichter Borella, Rüedi und Kernen; Gerichtsschreiber
Jancar

Urteil vom 17. Juli 2001

in Sachen
Raststätte X._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Bruno Eugster, 9001 St. Gallen,

gegen
Amt für Arbeit, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegner,

und
Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen, St. Gallen

A.- Am 20. April 2000 reichte die Raststätte X._____ AG beim Amt für Arbeit des Kantons St. Gallen die Voranmeldung von Kurzarbeit für 55 Angestellte im Umfang von 80 % ab 3. Juli bis voraussichtlich 31. Oktober 2000 ein. Als Begründung gab sie an, wegen Renovationsarbeiten an der A1 sei die Zufahrt zur Raststätte X._____ AG ab anfangs Juli 2000 während 4 Monaten unmöglich, da während der Bauarbeiten eine 4/0-Verkehrsführung anstelle der herkömmlichen 3/1-Verkehrsführung angeordnet worden sei. Mit Stellungnahmen vom 19. Mai und 9. Juni 2000 beantragte das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) beim Amt für Arbeit die Abweisung des Gesuchs auf Kurzarbeitsentschädigung.
Im Mai 2000 wurde das Arbeitsverhältnis mit 22 Angestellten aufgelöst. Mit Verfügung vom 9. Juni 2000 erhob das Amt für Arbeit Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung, da die Raststätte X._____ AG gemäss Baurechtsvertrag mit dem Baudepartement des Kantons St. Gallen vom 22. November 1994 auf jegliche Ersatzansprüche, die infolge Umsatzeinbussen - insbesondere wegen teilweiser oder gänzlicher Sperrung der A1 - entstünden, verzichtet habe. Mit dieser Wegbedingung der Haftung des an sich haftbaren Dritten entfalle auch der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung.

B.- Dagegen erhob die Raststätte X._____ AG Beschwerde und beantragte, die Kurzarbeitsentschädigung sei zu bewilligen bzw. es sei festzustellen, dass ihr in den Jahren 2000 (Fahrtrichtung A._____) und 2001 (Fahrtrichtung B._____) Kurzarbeitsentschädigung geschuldet sei. Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen wies die Beschwerde mit Entscheid vom 10. Januar 2000 ab, soweit es darauf eintrat.

C.- Die Raststätte X._____ AG beantragt mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Zusprechung der Kurzarbeitsentschädigung.

Das Amt für Arbeit verzichtet auf eine Stellungnahme, während sich das seco nicht vernehmen lässt.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Das kantonale Gericht hat die massgebenden gesetzlichen Bestimmungen über den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 1 AVIG), die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls im Allgemeinen (Art. 32 Abs. 1 AVIG) und insbesondere wegen behördlicher Massnahmen und anderer nicht vom Arbeitgeber zu vertretender Umstände (Art. 32 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 AVIV), die Nichtanrechenbarkeit des durch betriebsorganisatorische Massnahmen oder normales Betriebsrisiko verursachten (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG) sowie des branchen-, berufs- oder betriebsüblichen oder auf saisonalen Beschäftigungsschwankungen beruhenden Arbeitsausfalls (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG) zutreffend dargelegt. Richtig sind ferner die Ausführungen

über den Zweck der Kurzarbeitsentschädigung (BGE 121 V 375 Erw. 3a; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, S. 384, Vorbemerkungen zu Art. 31-41 AVIG, N 22). Darauf kann verwiesen werden.
Zu ergänzen ist Folgendes: Die Einschränkung, dass regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle nicht mit Kurzarbeitsentschädigung ausgeglichen werden können, gilt nach der Rechtsprechung sinngemäss auch dann, wenn die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles an sich aufgrund eines unter Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV fallenden Sachverhalts zu bejahen ist. Denn der eine wie der andere Fall steht unter dem Vorbehalt des normalen Betriebsrisikos oder der Branchen-, Berufs- oder Betriebsüblichkeit. Ist somit ein solcher Grund für die Verneinung der Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles gegeben, so ist es letztlich unerheblich, ob diesem ein Sachverhalt nach Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG oder nach Art. 32 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 51 AVIV zugrunde liegt (BGE 121 V 374 Erw. 2c).
Kurzarbeit bedeutet die durch den Arbeitgeber im Einverständnis mit den betroffenen Arbeitnehmern angeordnete vorübergehende Reduktion der betriebsüblichen Arbeitszeit oder vorübergehende Betriebsschliessung mit entsprechender Herabsetzung des Lohnes. Die so definierte Kurzarbeit hat vorübergehenden Charakter und einen Arbeitsausfall mit entsprechendem Verdienstausfall zur Folge. Sie betrifft somit Arbeitsausfälle innerhalb eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG; ARV 1985 Nr. 9 S. 35 Erw. 2a; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], S. 142 f. Rz 370 und 372).

2.- Die Vorinstanz ist auf den Antrag der Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass ihr im Jahr 2001 (Fahrtrichtung St. Gallen) Kurzarbeitsentschädigung zustehe, mangels Anfechtungsgegenstandes (BGE 125 V 414 Erw. 1a) nicht eingetreten. Die Beschwerdeführerin setzt sich mit diesem Nichteintreten der Vorinstanz nicht auseinander, weshalb diesbezüglich auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten ist (BGE 123 V 335).

3.- Zu prüfen bleibt daher einzig der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 3. Juli bis 31. Oktober 2000.

a) Vorab ist festzuhalten, dass das Arbeitsverhältnis mit 22 Angestellten der Beschwerdeführerin im Mai 2000 aufgelöst wurde. Für diese Arbeitnehmer besteht ohnehin kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung.

b) Mit Verwaltung und Vorinstanz ist davon auszugehen, dass Sanierungsarbeiten bei Autobahnen regelmässig und wiederholt auftreten und allfällige damit zusammenhängende Arbeitsausfälle infolge erschwerter oder unterbrochener Zufahrt zu einer Raststätte X._____ AG voraussehbar bzw.
kalkulierbar sind und somit zum normalen Betriebsrisiko gehören, insbesondere bei einer 3/1-Verkehrsführung. Dies ist an sich unbestritten.

c) Die Frage, ob dies auch bei einer 4/0-Verkehrsführung zutrifft, bei der die Zufahrt zur Raststätte X._____ AG gänzlich unterbrochen wird, kann unter den Umständen des vorliegenden Falles offen gelassen werden.

aa) Wie seco und Vorinstanz zutreffend darlegen, wäre nämlich für den Schaden eines entsprechenden Arbeitsausfalls der Kanton St. Gallen als Bauherr bzw. Dritter im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AVIV haftbar gewesen. Die Beschwerdeführerin hat indessen in Ziff. 13.2 des Baurechtsvertrages mit dem Kanton St. Gallen vom 30. November 1994 Folgendes vereinbart: "Die AG verzichtet gegenüber dem Kanton auf jegliche Ersatzansprüche infolge Umsatzeinbussen, die insbesondere wegen teilweiser oder gänzlicher Sperrung der N1 entstehen könnten. Bei Sperrung wird der Kanton rücksichtsvoll vorgehen. Bei baubedingter Sperrung wird dies der AG mindestens einen Monat im voraus gemeldet. " Damit hat die Beschwerdeführerin auf einen Schadenersatz gegenüber dem Kanton St. Gallen bei Sperrung der N1 grundsätzlich verzichtet.

bb) Weiter hat sie im Rahmen eines beim Bezirksgerichtspräsidenten Y._____ eingeleiteten Besitzesschutzverfahrens mit dem Kanton St. Gallen am 10./13. März 2000 eine Vereinbarung abgeschlossen, in der unter anderem Folgendes festgehalten wurde: Ziff. 5: "Der Kanton St. Gallen bezahlt gemäss einer Zusicherung des Bundesamtes für Strassen, welche auf Rechtsgleichheitsüberlegungen beruht, der Raststätte X._____

AG für die Dauer der Schliessungen eine einmalige Pauschalabgeltung von Fr. 350'000.-." Ziff. 8: "Mit der Bezahlung der Pauschalabgeltung gemäss Ziffer 5 erklärt sich die Raststätte X._____ AG per Saldo aller Ansprüche für die vorerwähnten Massnahmen, insbesondere Schliessungen der Zufahrten, als abgegolten. Vorbehalten bleiben allfällige Ansprüche gegenüber dem Amt für Arbeit. Der Kanton St. Gallen wird gegenüber dem Amt für Arbeit bestätigen, dass die Schliessungen der beiden Zufahrten zur Wahrung der öffentlichen Interessen (Wirtschaftlichkeit und Verkehrssicherheit) unerlässlich sind. " Hiermit hat die Beschwerdeführerin auch auf eine Fr. 350'000.- übersteigende Haftung des Kantons St. Gallen als Bauherr aus "clausula rebus sic stantibus" (veränderte Verhältnisse im Sinne der 4/0-Verkehrsführung statt der früher angewandten 3/1-Verkehrsführung) verzichtet. Damit entfällt ein Anspruch aus Art. 51 Abs. 1 AVIV. Denn die Arbeitslosenversicherung hat nicht mit Kurzarbeitsentschädigung einzustehen, wenn der Arbeitgeber auf den ihm gegenüber einem Dritten zustehenden Schadenersatz bzw. auf einen Teil davon verzichtet.

cc) Nach dem Gesagten ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin unbehelflich, sie habe gemäss Art. 247 lit. d der kantonalen Zivilprozessordnung eine Revision der Vereinbarung vom 10./13. März 2000 in Aussicht genommen, da nach Ziff. 8 des Vergleichs Ansprüche gegenüber dem Amt für Arbeit vorbehalten worden seien. Denn dies kann allenfalls zu einer Neubeurteilung des Schadenersatzanspruchs gegenüber dem Kanton St. Gallen führen, nicht aber den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung begründen.

dd) Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, dem Vergleich mit dem Kanton St. Gallen sei nichts entgegengestanden, weil damals die Signale des Amtes für Arbeit noch positiv gelautet hätten. Falls sie sich damit auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen will, kann sie daraus nicht zu ihren Gunsten ableiten. Denn es wird weder behauptet noch ergibt es sich aus den Akten, dass das Amt für Arbeit der Beschwerdeführerin die vorbehaltlose Auskunft bzw. Zusicherung erteilt hätte (BGE 121 V 66 Erw. 2a mit Hinweisen; Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl. , Zürich 1998, S. 139 Rz 572), es bestehe ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. In der Vereinbarung mit dem Kanton St. Gallen vom 10./13. März 2000 wird denn auch lediglich von "allfälligen" Ansprüchen gegenüber dem Amt für Arbeit gesprochen, was gegen eine Zusicherung spricht.
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit
darauf einzutreten ist.

II.Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen, der Kantonalen Arbeitslosenkasse St. Gallen und dem Staatssekretariat für

Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 17. Juli 2001

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der IV. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: