

[AZA 7]
C 12/02 Gb

I. Kammer

Präsident Schön, Bundesrichter Borella, Bundesrichterin
Leuzinger, Bundesrichter Lustenberger und Ursprung;
Gerichtsschreiber Grunder

Urteil vom 28. Juni 2002

in Sachen
X. _____ GmbH, Beschwerdeführerin,

gegen
Kantonales Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA), Abteilung Arbeitsvermittlung, Rechtsdienst, Lau-
penstrasse 22, 3011 Bern, Beschwerdegegner,

und
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

A.- Die X. _____ GmbH bietet seit einigen Jahren u.a. Canyoning-Touren im Berner Oberland an. Am 27. Juli 1999 fanden 21 Personen einer Canyoning-Gruppe den Tod, als sie im Saxetbach von einer Flutwelle überrascht wurden. Die Tour war von einer Konkurrentin der X. _____ GmbH organisiert worden. Nach dem Unfall blieben Aufträge für die beiden Hauptanbieter weitgehend aus.

Im Frühjahr 2000 gab die Konkurrentin der X. _____ GmbH öffentlich kund, dass sie vorhabe, ab Mai 2000 erneut Canyoning-Touren im Saxetbach anzubieten. Nachdem diese Absicht in Australien, dem Heimatland der meisten Unfallopfer des Unglücks vom 27. Juli 1999, bekannt geworden war, regte sich unter den Angehörigen dagegen Widerstand, der über verschiedene Medien und die diplomatische Vertretung Australiens in der Schweiz an die Öffentlichkeit getragen wurde. Nach Aussprachen, die von der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern einberufen wurden und an der auch Vertreter des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) teilnahmen, verzichteten die beiden Hauptanbieter Ende April 2000 vorläufig auf die Durchführung von Canyoning-Touren ab Mai 2000. Der Betrieb wurde, nachdem sich die Situation beruhigt hatte, erst Mitte Juni wieder aufgenommen.

B.- Mit Voranmeldung vom 19. April 2000 ersuchte die X. _____ GmbH um Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung ab Mai 2000. Das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Bern (KIGA) bewilligte mit Verfügung vom 5. Mai 2000 die Kurzarbeit für den Monat Mai 2000 und erhob für die Zeit danach Einspruch.

C.- Die hiegegen vom Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) erhobene Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 6. Dezember 2001 gut.

D.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt die X. _____ GmbH sinngemäss, es sei ihr für den Monat Mai 2000 Kurzarbeitsentschädigung auszurichten.

Sowohl das KIGA wie auch das seco verzichteten auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Das kantonale Gericht hat die massgeblichen Bestimmungen zur Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG), zum normalen Betriebsrisiko (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG) und zur Branchen-, Berufs- oder Betriebsüblichkeit von Arbeitsausfällen (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG) richtig wiedergegeben. Darauf wird verwiesen.

Zu ergänzen ist, dass Arbeitsausfälle auch dann anrechenbar sind, wenn sie auf behördliche Massnahmen, auf wetterbedingte Kundenausfälle oder auf andere, vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände, insbesondere Transportbeschränkungen oder Sperrungen von Zufahrtswegen oder Elementarschadenereignisse, zurückzuführen sind (Art. 32 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 2 lit. c und e AVIV).

Sie sind nicht anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder einen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (Art. 51 Abs. 1 AVIV).

2.- Umstritten und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin vom 1. bis 31. Mai 2000 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hat.

a) Das KIGA hat die Bewilligung des Gesuchs erstmals in der Beschwerdeantwort im kantonalen Verfahren ausführlich begründet. Es geht davon aus, die Interventionen der Angehörigen der Opfer und der Behörden beider Staaten stellten einen Umstand dar, der nicht von der Arbeitgeberin zu vertreten sei. Der Kanton habe zwar keine Verfügung erlassen, es handle sich aber bei dessen Intervention und der darauf erfolgten Erklärung des Unternehmens, vorläufig auf die Durchführung ihrer Dienstleistung zu verzichten, immerhin um eine informelle Absprache, die als Realakt oder verwaltungsrechtlicher Vertrag qualifiziert werden könne und mithin eine behördliche Massnahme darstelle. Es habe kein richterliches Verbot gegeben, den Saxetbach zu benutzen, und die Beschwerdeführerin habe mit der Reaktion der Angehörigen nicht rechnen müssen. Kurzfristig seien keine geeigneten, wirtschaftlich tragbaren Massnahmen möglich gewesen, um das Canyoning zu dieser Jahreszeit in einen andern Bach zu verlegen. Alternativen hätten nicht bestanden.

Dass die Beschwerdeführerin die Mitarbeiter mit zugesicherter Arbeitszeit statt wie bislang auf Abruf angestellt habe, sei vom KIGA veranlasst worden und könne der Beschwerdeführerin daher nicht vorgeworfen werden.

b) Das seco stellt sich in seiner Beschwerde an das kantonale Gericht auf den Standpunkt, die X. _____ GmbH habe nicht alles unternommen, um den Arbeitsausfall zu vermeiden.

Sie habe nach dem Unfall im Sommer 1999 damit rechnen müssen, dass sie das Canyoning im Saxetbach nicht mehr werde durchführen können. Ausserdem seien allfällige Mindereinnahmen durch den Kanton Bern mit zugesicherten Entschädigungen abgedeckt worden. Alternativen habe es in zweierlei Hinsicht gegeben: Man hätte eine andere Schlucht nutzen oder andere Aktivitäten anbieten können.

c) Die Vorinstanz führt aus, es sei notorisch, dass sich im Sommer 1999 ein Aufsehen erregender, tragischer Unfall ereignet habe, bei dem 21 junge Menschen den Tod fanden. Weiter sei notorisch, dass im Frühjahr je nach Wetterbedingungen die Bäche und Flüsse Hochwasser führten.

Die Beschwerdeführerin habe daher mit Schwierigkeiten bei der Wiederaufnahme des Canyoning im Saxetbach rechnen müssen.

Ein in diesem Bereich spezialisiertes Unternehmen sei derart saison- und wetterabhängig, dass sich, unabhängig aus welchen Gründen auch immer der einzige im Mai begehbare Bach nicht benutzt werden könne, ein spezifisches Betriebsrisiko realisierte, das einen anrechenbaren Arbeitsausfall ausschloss.

d) Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, sie habe im Mai 2000 auf politischen Druck der Behörden hin von der Durchführung der angebotenen Canyoning-Touren abgesehen. Die ausländischen Mitarbeiter seien auf Anweisung des KIGA fest angestellt worden. Die Entschädigungen des Kantons Bern hätten nicht die Lohnausfälle, sondern die Ausbildungskosten der Führer im Bereich der Sicherheit gedeckt.

3.- a) Die Rechtsprechung hat den Begriff des wirtschaftlichen Grundes gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG im Einklang mit dem Schrifttum weit ausgelegt und es insbesondere abgelehnt, wirtschaftliche von strukturellen Gründen abzugrenzen (ARV 2000 Nr. 10 S. 56 Erw. 4a, mit Hinweisen).

Wirtschaftliche Gründe liegen vor, wenn Faktoren angesprochen sind, die entweder direkt durch den Markt beeinflusst werden oder sich auf die Stellung eines Produktes auf dem Markt auswirken. Darunter können auch behördliche Massnahmen, wie bei Preiserhöhungen eines Produkts zufolge Wegfalls von Subventionen, verstanden werden.

b) Es erscheint in casu fraglich, ob wirtschaftliche Gründe zum Arbeitsausfall im Unternehmen der Versicherten geführt haben. Es ist eher davon auszugehen, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch ihre Konkurrentin

im Frühjahr 2000 beabsichtigten, den Betrieb des Canyoning im Saxetbach wieder aufzunehmen, und beide für Mai 2000 eine genügende Nachfrage nach ihren Leistungen erwarteten. Die Tatsache, dass der Betrieb im Juni 2000 wieder aufgenommen werden konnte, deutet darauf hin, dass eine Nachfrage nach der angebotenen Dienstleistung bereits im Mai 2000 bestanden hätte. Die Frage kann indessen offen bleiben, da andere Gründe zur Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles führen (nachstehende Erw. 4).

4.- Gemäss Art. 51 Abs. 1 AVIV 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 wenn er keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann. Der Bundesrat hat in Art. 51 Abs. 2 AVIV einen Katalog derartiger Arbeitsausfälle aufgestellt. Die Aufzählung ist nicht abschliessend.

a) Gemäss den damaligen Presseberichten haben die beiden Hauptanbieter im April 2000 auf die Durchführung des Canyoning im Saxetbach vorläufig "verzichtet". Von einem freiwilligen Verzicht kann indessen nicht gesprochen werden.

Die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern hat der Beschwerdeführerin am 14. April 2000 die Empfehlung zukommen lassen, mit der Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit in der Saxetschlucht mit Rücksicht auf die Gefühle und die Empörung der betroffenen Angehörigen zuzuwarten. In der Folge lud die Volkswirtschaftsdirektion zu Gesprächen ein. Neben Vertretern des Kantons nahmen daran auch Mitarbeiter des Bundes teil. Aus den Protokollen ergibt sich, dass den Anbietern nahegelegt wurde, von der Wiederaufnahme der Canyoning-Touren vorläufig abzusehen. Der Vertreter des EDA verglich die Situation mit derjenigen nach dem Luxor-Attentat.

Dies deutet darauf hin, dass der erneute Betrieb des Canyoning den nationalen Interessen widersprochen und dem Ruf des Berner Oberlandes als Tourismusregion geschadet hätte. Der Vertreter des KIGA hielt denn auch in seiner Notiz vom 5. Mai 2000 fest, dass die Firmen auf Grund der Lagebeurteilung an sich bereit gewesen seien, den Betrieb des Canyoning im Saxetbach zu verschieben oder darauf gänzlich zu verzichten.

Es ist demnach festzustellen, dass den Anbietern im April 2000 seitens kantonaler und eidgenössischer Behörden nahegelegt wurde, einstweilen keine Canyoning-Touren durchzuführen. Eine entsprechende Verfügung wurde zwar nicht erlassen, die Beschwerdeführerin und ihre Hauptkonkurrentin standen jedoch unter erheblichem Druck von Behörden und Öffentlichkeit. Es kann daher nicht gesagt werden, sie hätten auf die angebotene Dienstleistung freiwillig verzichtet. Die Umstände, die zur Intervention der Behörden geführt hatten (Unfall vom Sommer 1999 und dessen Folgen), waren nicht von der Beschwerdeführerin zu vertreten, weshalb die damit im Zusammenhang stehenden Arbeitsausfälle grundsätzlich anrechenbar sind, soweit sie nicht aus besonderen Gründen (nachstehende Erw. 4b) von der Arbeitgeberin zu tragen sind.

b) Gemäss Art. 51 Abs. 1 AVIV sind die Arbeitsausfälle nicht anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden kann. Die Bestimmung stützt sich auf Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG, wonach Arbeitsausfälle nur anrechenbar sind, wenn sie unvermeidbar sind. Nach der Rechtsprechung gelten sodann die Einschränkungen von Art. 33 AVIG sowohl für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles aus wirtschaftlichen Gründen als auch zufolge eines unter Art. 32 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 51 AVIV fallenden Sachverhaltes (BGE 121 V 374 Erw. 2; ARV 2002 S. 60 Erw. 1).

aa) Die Vorinstanz ist der Auffassung, die Beschwerdeführerin habe mit Schwierigkeiten hinsichtlich der Wiederaufnahme der Touren im Saxetbach rechnen müssen. Ein auf Canyoning spezialisiertes Unternehmen sei derart saison- und wetterabhängig, dass sich, falle der einzige im Mai begehbare Bach, aus welchen Gründen auch immer, aus, ein spezifisches Betriebsrisiko realisiere, welches nicht unvermeidbar sei. Das kantonale Gericht stützt sich damit auf Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG. Wetterbedingte Einflüsse auf die Durchführung von Aktivitäten in freier Natur gehören zwar durchaus zum normalen Betriebsrisiko. Daraus kann indessen nicht geschlossen werden, ein Arbeitsausfall sei stets dann nicht anrechenbar, wenn ein Bach "aus welchen Gründen auch immer" nicht benutzt werden könne. So ist ein Arbeitsausfall insbesondere anrechenbar, wenn er durch Transportbeschränkungen oder Sperrung von Zufahrtswegen verursacht wird (Art. 51 Abs. 2 lit. c AVIV) oder wie in casu durch andere, nicht von der Arbeitgeberin zu vertretende Umstände begründet ist.

bb) Ebenso wenig überzeugt der Standpunkt des seco, es habe sich ein Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG verwirklicht, weil die Beschwerdeführerin auf Grund des tragischen Unfallereignisses im

Juli 1999 mit Schwierigkeiten bei der Wiederaufnahme ihres Betriebes habe rechnen müssen. Zwar trifft es zu, dass die Nachfrage nach Extremsportarten durch tragische Unfälle beeinflusst werden kann. Solche Ereignisse führen aber nicht notwendig zu einer tieferen Nachfrage, sondern können auch den gegenteiligen Effekt haben. Mit derartigen Schwankungen hat ein Anbieter in der Tat zu rechnen. Im vorliegenden Fall verhielt es sich indessen anders: Erst 10 Monate nach dem Unglück vom Juli 1999, nämlich im April 2000, regte sich gegen die Wiederaufnahme des Canyoning im Saxetbach Widerstand von Seiten der Angehörigen, der Medien und Behörden. Diese Entwicklung der Geschehnisse war aussergewöhnlich. Vergleichbare Fälle sind nicht bekannt. Die Beschwerdeführerin hatte daher mit einem derartigen Verlauf nicht zu rechnen, und es kann nicht gesagt werden, dieser sei branchen- oder betriebsüblich gewesen oder habe zum normalen Betriebsrisiko gehört.

cc) Das seco wendet weiter ein, die Beschwerdeführerin hätte die Arbeitsausfälle vermeiden und auf andere Bäche ausweichen oder andere Aktivitäten anbieten können. Aus den Akten ist indessen ersichtlich, dass andere Bäche im Monat Mai gewöhnlich nicht begehbar sind und dass die Beschwerdeführerin andere Aktivitäten (Bungeejumping) angeboten hat.

Mit dem KIGA ist festzustellen, dass kurzfristig keine Massnahmen ergriffen werden konnten, um die Arbeitsausfälle zu kompensieren.

dd) Das seco hält der Beschwerdeführerin zudem vor, ihre Arbeitsausfälle seien durch Ersatzzahlungen des Kantons Bern gedeckt worden. In der Tat sind Beiträge aus dem Tourismusfonds des Kantons Bern zugesprochen worden, die jedoch bloss die Fortbildung von Führern zur Verbesserung der Sicherheitsvorkehrungen betrafen. Ersatzzahlungen für Löhne sind gemäss Schreiben des zuständigen kantonalen Amtes für Entwicklung vom 11. Mai 2000 nicht geleistet worden.

ee) Schliesslich bringt das seco vor, die Beschwerdeführerin habe die auf Abruf eingestellten Mitarbeiter zu Lasten der Arbeitslosenversicherung ab April 2000 mit vertraglich garantierter Arbeitszeit weiterbeschäftigt. Das KIGA hat in seinem Schreiben vom 16. März 2000 angeordnet, dass die Beschwerdeführerin Grundlöhne von mindestens Fr. 3000.- bis Fr. 3500.- monatlich zu bezahlen hat. Zu Recht macht das Unternehmen geltend, dass es dadurch gezwungen war, die ausländischen Mitarbeiter mit einem zugesicherten vollen Arbeitspensum zu beschäftigen, ansonsten die fremdenpolizeiliche Arbeitsbewilligung verweigert worden wäre. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass mit der Kurzarbeitsentschädigung die Verhütung von Arbeitslosigkeit als Folge vorübergehender Arbeitsausfälle angestrebt wird und daher der Ausschluss strukturell bedingter Arbeitsausfälle als fragwürdig erschiene.

5.- Mithin sind die Voraussetzungen für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles gegeben, weshalb der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben ist. Die Verwaltung wird die weiteren Voraussetzungen für die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung zu prüfen haben. Dabei wird sie die Frage, ob wetterbedingte Umstände eine Begehung des Saxetbaches im Mai 2000 überhaupt zulassen, beantworten müssen.

Die Beschwerdeführerin konnte nämlich nicht ohne weiteres damit rechnen, dass dies im Monat Mai überhaupt möglich war. Liessen die meteorologischen Verhältnisse die Begehung nicht zu, fällt der damit zusammenhängende Arbeitsausfall unter saisonale Beschäftigungsschwankungen im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG und ist daher nicht anrechenbar.

Ebenfalls zu prüfen haben wird die Verwaltung die Frage, ob der Arbeitsausfall in Folge des Schadenereignisses nicht durch eine private Versicherung gedeckt war (Art. 51 Abs. 4 AVIV).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 6. Dezember 2001 und die Verfügung des Kantonalen Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Bern vom 5. Mai 2000 mit der Feststellung aufgehoben, dass die Voraussetzungen für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls in der Zeit vom 1. Mai bis 31. Mai 2000 vorliegen.

II. Die Sache wird an das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Bern zurückgewiesen, damit es, nach Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen,

über den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung
in der Zeit vom 1. bis 31. Mai 2000 neu befinde.

III. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

IV. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, der Arbeitslosenkasse des Kantons Bern und

dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.

Luzern, 28. Juni 2002

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

Der Gerichtsschreiber: