

# **OW\_GERICHTE VVGE 1999/00 Nr. 52 vom 1. Juli 2016**

OW Obergericht, 2016-07-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_VVGE\\_1999\\_00 Nr. 52](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE_1999_00_Nr_52)

FR: OW\_GERICHTE VVGE 1999/00 Nr. 52 du 1 juillet 2016

IT: OW\_GERICHTE VVGE 1999/00 Nr. 52 del 1 luglio 2016

## **Regeste**

VVGE 1999/00 Nr. 52, S. 175: Art. 31 und 32 AVIG; Art. 51 AVIV Zweck und Voraussetzungen der Kurzarbeitsentschädigung. Arbeitsausfälle sind nicht anrechenbar, wenn die Arbeitgeberin sie selbst zu vertreten hat, weil sie behördliche Warnung

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Der Zweck der Kurzarbeitsentschädigung besteht darin, einerseits dem Versicherten einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Kurzarbeit zu garantieren und Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Kündigung und Entlassung, zu verhindern. Der Verhütungsgedanke ist dabei sowohl von sozialen und wirtschaftlichen Überlegungen getragen als auch davon, die finanzielle Belastung der Arbeitslosenversicherung, wie sie durch Ganzarbeitslose entsteht, möglichst gering zu halten. Andererseits dient die Kurzarbeitsentschädigung der Erhaltung von Arbeitsplätzen im Interesse sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber, indem die Möglichkeit der Erhaltung eines "intakten Produktionsapparates" über die Zeit der Kurzarbeit hinweg geboten wird (BGE 121 V 375, 120 V 526). Dieser Präventivaspekt der Kurzarbeitsentschädigung muss auch weitgehend die Interpretation der wesentlichen Tatbestände dieses Leistungsbereiches beherrschen (Gerhard Gerhards, Kommentar zum AVIG, Bd. I, Bern 1988, Vorbemerkungen zu Art. 31 - 41 AVIG, N. 50).

### **E. 3**

Gemäss Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (AVIG, SR 837.0) haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben (Bst. a), der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Bst. b), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt (Bst. c) und der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (Bst. d). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 121 V 373). Die Voraussetzungen gemäss Bst. a und Bst. c sind hier unbestrittenermassen gegeben, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Zu prüfen sind jedoch die Voraussetzungen gemäss Bst. b und Bst. d der erwähnten Bestimmung. 4.a) Anrechenbar im Sinne von Art. 31 Abs. 1 Bst. b AVIG ist ein Arbeitsausfall gemäss Art. 32 Abs. 1 AVIG, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist und über diese Abrechnungsperiode einen bestimmten Prozentsatz der normalerweise geleisteten Arbeitsstunden ausmacht. Das Arbeitsamt erachtete diese Regelung in der angefochtenen Verfügung als nicht anwendbar. Es stützte sich darin vielmehr auf Art. 32 Abs. 3 AVIG, wonach der Bundesrat für

Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die auf behördliche Massnahmen, auf wetterbedingte Kundenausfälle oder auf andere vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, zu regeln hat. An die Annahme eines Härtefalles sind hohe Anforderungen zu stellen. Die Nichtbefreiung muss ein hohes Opfer erfordern, sodass die Gutheissung des Gesuchs als dringend, billig und geradezu geboten erscheint. Zudem ist vom Arbeitgeber der Nachweis oder die Glaubhaftmachung einer qualifiziert ungünstigen Geschäftslage zu verlangen (Hans-Ulrich Stauffer, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, Zürich 1998, 99; vgl. auch Gerhards, a.a.O., Bd. III, Bern 1993, N. 18 zu Art. 32 AVIG). Nach Art. 51 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 (AVIV, SR 837.02) sind Arbeitsausfälle anrechenbar, 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. 51 Abs. 2 AVIV enthält eine nicht abschliessende Aufzählung von anrechenbaren Arbeitsausfällen, so namentlich Ein- und Ausfuhrverbote, Kontingentierung, Transportbeschränkungen, Unterbrüche oder Einschränkungen der Energieversorgung sowie Elementarschadenereignisse. Art. 51 Abs. 3 AVIV verdeutlicht, dass der Arbeitsausfall nicht anrechenbar ist, wenn die behördliche Massnahme durch Umstände veranlasst wurde, die der Arbeitgeber zu vertreten hat. Solche Umstände, die der Arbeitgeber zu vertreten hat, sind z.B. die Missachtung von Hygiene- oder baupolizeilichen Vorschriften oder Mängel in den erforderlichen Sicherheitsvorrichtungen (Gerhards, a.a.O., Bd. I, N. 53 zu Art. 32 - 33 AVIG). b) Nach Art. 35 BV in der Fassung vom 14. Dezember 1927/7. Dezember 1958 und nach dem Bundesgesetz über die Spielbanken vom 5. Oktober 1929 (SBG, SR 935.52) sind Spielbanken, d.h. Unternehmen, die Glücksspiele betreiben, grundsätzlich verboten. Ausnahmsweise können die Kantonsregierungen den Betrieb des Boulespiels in Kursälen bewilligen (Art. 35 Abs. 2 BV, Art. 5 SBG, Art. 1 der Verordnung über den Spielbetrieb in Kursälen vom 1. März 1929, SR 935.53), doch bedürfen solche Bewilligungen der bundesrätlichen Genehmigung (Art. 35 Abs. 4 BV, Art. 1 Abs. 4 der genannten Verordnung). Die Regelung über Geschicklichkeitsspiele mit Gewinnmöglichkeit belässt das Bundesrecht dagegen seit jeher den Kantonen. Das Aufstellen von Spielautomaten und ähnlichen Apparaten gilt nach Art. 3 Abs. 1 SBG dann als Geschicklichkeitsspiel und nicht als Glücksspiel, wenn der Spielausgang in unverkennbarer Weise ganz oder vorwiegend auf Geschicklichkeit beruht. Den Entscheid darüber, welche Apparate als Geschicklichkeitsautomaten gelten können und welche dem Glücksspiel dienen, trifft gemäss Art. 3 Abs. 2 SBG das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement. Durch den neuen Art. 35 BV, der in der eidgenössischen Abstimmung vom 7. März 1993 angenommen wurde, aber noch nicht in Kraft gesetzt worden ist, wird das Spielbankenverbot aufgehoben und die Gesetzgebung über die Errichtung und den Betrieb von Spielbanken einschliesslich Glücksspielautomaten mit Geldgewinn dem Bund übertragen. Nach Art. 35 Abs. 4 BV bleibt die Zulassung von Geschicklichkeitsspielautomaten weiterhin der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten. c) In seinem Urteil vom 23. Februar 1999 erkannte das Bundesgericht, dass der Kanton Obwalden zu Unrecht beanstandet habe, dass durch den in Art. 9 GSAV ausgesprochenen Widerruf der erteilten Homologationen in kantonale Kompetenzen eingegriffen worden sei. Setze die Inbetriebnahme von Anlagen, wie hier der Spielautomaten, eine zweistufige Genehmigung voraus - zunächst eine Typenprüfung durch den Bund und danach eine

Betriebsbewilligung durch den Kanton -, so werde die Widerrufskompetenz der erstentscheidenden Behörde nicht dadurch hinfällig, dass die zweite ihr Verfügungsrecht ausübe. Komme die Bundesbehörde nachträglich auf ihren Zulassungsentscheid zurück, so werde zwar der kantonalen Betriebsbewilligung der Boden entzogen, nicht dagegen in die Zuständigkeit der Kantone eingegriffen, da sich diese nur dort und nur insoweit entfalten könne, als die Grundsatzbewilligung des Bundes Geldspielautomaten überhaupt erlaube. Die kantonale Zuständigkeit werde auch nicht dadurch ausgehöhlt, dass der Bund mit seiner Verordnung zum Ausdruck bringe, in Zukunft nur noch Geschicklichkeitsspielautomaten homologieren zu wollen, die diesen Namen tatsächlich verdienen. Aus der früheren Praxis, welche sich nach Eingeständnis des Bundesrates kaum mit der Bestimmung von Art. 3 SBG habe vereinbaren lassen, sei den Kantonen kein Anspruch daraus erwachsen, ihre Kompetenz zur Zulassung von Geschicklichkeitsspielen weiterhin ausdehnend auszuüben und über die Inbetriebnahme von Apparaten bestimmen zu können, die nach gesetzlicher Definition eigentlich Glücksspielautomaten seien. In seinem gleichentags gefällten Urteil betreffend den Kanton St. Gallen (BGE 125 II 152 ff.) verdeutlichte das Bundesgericht diesen Aspekt noch. Es führte aus, wenn gegenüber der rechtsanwendenden Verwaltungsbehörde kein Recht auf Beibehaltung einer als rechtswidrig oder als unzumutbar erkannten Praxis bestehe, so könne ein solcher Anspruch auch nicht gegenüber der Aufsichtsinstanz erhoben werden, die - wie hier - die überholte Praxis als Verordnungsgeber auf dem Wege der Normsetzung korrigiere (a.a.O., 163). Die Kantone könnten auch aus dem Grundsatz der Bundestreue gegenüber dem Bund kein Recht darauf herleiten, dass dieser ihnen einen bisher belassenen wirtschaftlichen Vorteil gleichsam bestandesschutzmässig weiterhin gewähren müsse. Die Änderung einer selbst langjährigen Praxis sei kein widersprüchliches Verhalten, wenn hierfür ernsthafte, sachliche Gründe vorlägen. Es sei dem Bundesrat nicht verwehrt gewesen, der seit 1993 eingetretenen Entwicklung und den veränderten Verhältnissen durch eine Übergangsregelung bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts Rechnung zu tragen. Er habe die in Aussicht genommene Änderung der Homologationspraxis den Kantonen denn auch frühzeitig, erstmals durch Schreiben des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 24. April 1996, bekannt gegeben. Wenn der Bund kompetent sei, auf dem Verordnungsweg eine Änderung der Homologationspraxis vorzunehmen, so sei er auch befugt, die Praxisänderung mit einer Übergangsregelung zu verbinden. Von dieser dürften die Privaten, die noch während der alten Praxis und vor Ankündigung der Wende in Geschicklichkeitsspielautomaten investiert hätten, erwarten, dass sie verhältnismässig sei und eine angemessene Übergangsfrist zur Amortisation der Kosten vorsehe (a.a.O., 164 ff.). d) Auf Grund dieser Ausführungen des Bundesgerichts steht einerseits fest, dass die in Frage stehende behördliche Massnahme, nämlich der Erlass der GSAV und die darin enthaltene Übergangsregelung, zulässig war. Andererseits ergibt sich daraus, dass nur jene Privaten sich auf einen gewissen Vertrauensschutz stützen können, die vor Ankündigung der Wende in Geschicklichkeitsspielautomaten investiert haben. Das Bundesgericht misst somit der Ankündigung der Wende entscheidende Bedeutung zu. Auch die Anklagekammer des Bundesgerichts führt in ihrem Urteil vom 2. November 1998 aus, angesichts der Warnung, die der Bundesrat bereits 1996 an die Kantone gerichtet habe, dass eine Änderung der bisherigen Homologationspraxis insbesondere im Hinblick auf die Zunahme von reinen Automatencasinos nötig werde, sei es keineswegs evident, dass der ab dem 22. April 1998 Wirkung entfaltende Widerruf der Homologierung gegen den Vertrauensgrundsatz oder eine eigentumsrechtlich geschützte Position verstossen würde. Diesen Überlegungen ist bei

den nachfolgenden Erwägungen Rechnung zu tragen. e) Die behördliche Massnahme, nämlich der Erlass des GSAV und der darin enthaltenen Übergangsregelung, verunmöglichte der Beschwerdegegnerin die auf Anfang Mai 1998 geplante Eröffnung des Casinos Sarnen. Da die Angestellten eigens für den geplanten Betrieb des Casinos Sarnen unter Vertrag genommen worden waren, bestanden für die Beschwerdegegnerin als Arbeitgeberin keine geeigneten, wirtschaftlich tragbaren Massnahmen, die als Alternative die Arbeitsausfälle im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AVIV hätten vermeiden können. Ebensovienig kann die Beschwerdegegnerin einen Dritten für den Schaden haftbar machen. Angesichts der Folgen der behördlichen Massnahme wäre an sich auch auf das Vorliegen eines Härtefalles zu schliessen. Im Hinblick auf die Anrechenbarkeit ist somit entscheidend, ob die Arbeitsausfälle wegen der behördlichen Massnahme auf von der Beschwerdegegnerin zu vertretende Umstände zurückzuführen sind (Art. 51 Abs. 1 und 3 AVIV). aa) Das Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit macht in seiner Beschwerde geltend, der Bewilligung des Regierungsrates vom 23. Dezember 1997 für den Betrieb von 100 Geldspielautomaten im Casino Sarnen und die Vernetzung der Jackpot-Systeme könne entnommen werden, dass sie unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat ausgestellt worden sei. Eine vorbehaltene und in der Folge erwartungsgemäss ausgebliebene Genehmigung des Bundesrates stelle keine behördliche Massnahme im Sinne von Art. 51 AVIV dar. Dieser Darstellung kann nur teilweise gefolgt werden. Die Bewilligung des Regierungsrates vom 23. Dezember 1997 stand nicht unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat; gemäss Art. 3 Abs. 2 SBG war lediglich das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement befugt, die Typenprüfung vorzunehmen. Denn gemäss Art. 35 BV und Art. 2 ff. SBG fallen Geschicklichkeitsspiele nicht unter das Verbot von Spielbanken. Nach der jahrzehntelangen Praxis des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes reichte eine für den Gesamtverlauf des Spiels unwesentliche Geschicklichkeitsphase aus, um einen Geldspielautomaten als Geschicklichkeitsspielautomaten zu homologieren (vgl. BGE 125 II 161 ff.). Nach der bisherigen Praxis wären somit die 100 Geldspielautomaten als Geschicklichkeitsautomaten zu betrachten gewesen. Wohl aus diesem Grund hat der Regierungsrat in seinem Bewilligungsbeschluss vom 23. Dezember 1997 die Genehmigung durch die Bundesbehörden nicht vorbehalten. Somit trat der Arbeitsausfall bei der Beschwerdegegnerin nicht durch die fehlende Genehmigung des Bundesrates ein, sondern allein auf Grund des Erlasses der GSAV, mit der in Änderung der bisherigen Praxis eine verfassungs- und gesetzeskonforme Interpretation des Begriffs des Geschicklichkeitsspiels eingeleitet wurde. Zu Recht weist das Bundesamt aber auf die Warnungen seitens des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes hin. Deren Bedeutung ist näher zu untersuchen. bb) Die Beschwerdegegnerin macht geltend, der Erlass der GSAV und damit verbunden die Tatsache, dass das Casino Sarnen nicht wie geplant auf Ende April 1998 habe eröffnet werden können, sei für sie nicht voraussehbar gewesen. Sie habe gestützt auf die vorbehaltlose Bewilligung des Regierungsrates vom 23. Dezember 1997 sämtliche Vorbereitungsarbeiten getätigt. Auch auf Grund des Schreibens des Vorstehers des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes habe sie nicht mit einer Änderung der Homologationspraxis rechnen müssen, da diese Änderung im Hinblick auf den Erlass des neuen Spielbankengesetzes angekündigt worden sei. aaa) Es trifft zu, dass der Beschluss des Regierungsrates vom 23. Dezember 1997 die Bewilligung vorbehaltlos erteilte. Auf Grund der Ankündigungen des Bundesrates hat indessen der Regierungsrat die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 9. Juli 1997 eindringlich gewarnt. Der Regierungsrat wies darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin die Risiken der Planungs- und

Vorbereitungsarbeiten zu tragen habe und dass der Kanton keine Garantie für die Weiterführung eines kantonalen Spiellokals abgeben könne, sofern eine allfällige Änderung der Homologationspraxis des Bundes den Betrieb von Geschicklichkeitsgeldspielautomaten nicht mehr zulassen würde. Die Beschwerdegegnerin musste sich somit Rechenschaft darüber ablegen, dass auf Grund der Warnungen des Bundesrates ernsthaft mit einer Änderung der Homologationspraxis zu rechnen sei. Schon im Schreiben vom 21. Januar 1997, mit welchem dem Regierungsrat die Genehmigung für das Boulespiel in Sarnen verweigert wurde, wies der Bundesrat auf die besorgniserregende Entwicklung im Bereich der Kursäle und Geldspielautomaten hin, wodurch das Glücksspielwesen in der Schweiz ausser Kontrolle zu geraten drohe. Der Bundesrat wies ausdrücklich darauf hin, dass die am 24. April 1996 beschlossene Massnahme, vorläufig keine kantonalen Boulespielbewilligungen mehr zu genehmigen, habe verhindern können, dass der Handlungsspielraum für das sich in Ausarbeitung befindliche Spielbankengesetz zu sehr eingeschränkt werde. Schon diese Massnahme des Bundesrates sollte also verhindern, dass bis zum Inkrafttreten des Spielbankengesetzes durch Private und Kantone faktische Verhältnisse geschaffen wurden, welche eine sachgerechte Regelung der Materie erschwerten. Noch deutlicher wurde der Bundesrat in seinem Schreiben vom 27. Juni 1997. In diesem auch an den Regierungsrat des Kantons Obwalden gerichteten und von diesem an die Beschwerdegegnerin weitergeleiteten Schreiben äusserte der Bundesrat zunächst seine Genugtuung über den Erfolg des von ihm ausgesprochenen Moratoriums für kantonale Boulespielbewilligungen, um gleich anschliessend fortzufahren: "Seit kurzem sind in einigen Kantonen Tendenzen erkennbar geworden, die dazu führen könnten, dass die geschilderten Wirkungen des Moratoriums unterlaufen würden. Beispielsweise bestehen Bestrebungen, vom Boulespiel losgelöste reine Automatencasinos zu eröffnen oder den Spielbetrieb in Kursälen aufzunehmen, die zwar bereits über eine Bewilligung des Kantons verfügen, nicht aber über die erforderliche Genehmigung des Bundes. Solche Unterfangen sind in mehrfacher Hinsicht problematisch und riskant. Sie laufen der Übereinkunft von Bund und Kantonen zuwider, wonach eine ganzheitliche Regelung des Glücksspiels nur gemeinsam gefunden werden kann und stellen die einer verantwortungsvollen Entwicklung des schweizerischen Geldspielbereichs verpflichtete Politik des Bundes in Frage. Kantone, welche solche Vorhaben tolerieren oder gar unterstützen, sollten folgende Umstände bedenken: Im Rahmen des erwähnten Moratoriumsbeschlusses wurde angeordnet, die Homologationspraxis der Geldspielautomaten einer eingehenden Überprüfung zu unterziehen. Um auf dem Gebiet der Geldspielautomaten die faktische Entwicklung in Übereinstimmung mit dem neuen Verfassungsartikel zu bringen, zeigt sich schon heute, dass eine Änderung der bisherigen Homologationspraxis nötig wird. Wer sich daher nicht an das angeordnete Moratorium hält, tut dies auf eigenes Risiko." Auf Grund dieser Äusserungen des Bundesrates und des Regierungsrates war es für die Beschwerdegegnerin ohne weiteres erkennbar und auch voraussehbar, dass eine Änderung der Homologationspraxis jederzeit vorgenommen werden konnte, und dass deshalb dazumal die Geräte, welche sie im Casino einsetzen wollte, nicht mehr als Geschicklichkeitsautomaten gelten könnten. Der Bundesrat trat in seinem Schreiben ausdrücklich dem Bestreben von Privaten und Kantonen entgegen, reine Automatencasinos zu eröffnen. Er wies darauf hin, dass solche Unterfangen problematisch und riskant seien und liess durchblicken, dass er eine solche Entwicklung nicht tolerieren wolle. Indem die Beschwerdegegnerin Investitionen tätigte, namentlich Automaten installierte, bei denen der Spielausgang hauptsächlich vom Glück abhängt, und im April 1998 Mitarbeiter anstellte,

trug sie den mit diesem Unterfangen verbundenen Risiken zu wenig Rechnung. Sie vertraute offensichtlich darauf, dass sie mit der möglichst schnellen Schaffung von vollendeten Tatsachen den vom Bundesrat in Aussicht gestellten Änderungen zuvorkommen könne. Die Folgen dieses riskanten Verhaltens hat sie selbst zu tragen. Daran vermag nichts zu ändern, dass nach Darstellung des damaligen Leiters der Gewerbebehörde, Herr O. vom Bundesamt für Polizeiwesen sich dahingehend geäußert haben soll, dass mit Inkrafttreten des neuen Spielbankengesetzes mit einer Änderung der Homologationspraxis zu rechnen sei. Die Äusserung dieses Mitarbeiters des Bundesamtes stünde - wenn sie tatsächlich in diesem Sinne erfolgt sein sollte - in Widerspruch zu den Warnungen des Bundesrates, der in seinem Schreiben vom 27. Juni 1997 nicht einfach auf die bevorstehende Regelung im neuen Spielbankengesetz hinweisen wollte, sondern unverkennbar im Hinblick auf die bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes noch verstreichende Zeit eine eindringliche Warnung an die Betroffenen richtete. Diese Warnung ging aber den Äusserungen des Mitarbeiters des Bundesamtes für Polizeiwesen vor, da sie durch den obersten Vorgesetzten dieses Mitarbeiters erfolgte. Bei dieser Sachlage kann sich die Beschwerdegegnerin auch nicht mit Erfolg darauf berufen, sie habe gestützt auf das Schreiben des Bundesrates vom 21. Januar 1997 auf eine verhältnismässige Übergangsregelung vertraut. Auch dieser Äusserung des Bundesrates ist zu entnehmen, dass damit nicht die künftige Regelung im Spielbankengesetz gemeint war, sondern dass sie als Übergang zur dortigen Regelung gedacht war ("die verhältnismässig ist und auf die definitive Regelung des Glückspielbereichs hinführt"). Wie bereits erwähnt, hat denn auch das Bundesgericht klargestellt, dass sich nur Private, die noch während der alten Praxis und vor Ankündigung der Wende in Geschicklichkeitsspielautomaten investiert haben, auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen können (BGE 125 II 165). Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin die Arbeitsausfälle selbst zu vertreten hat, weil sie trotz der Warnungen des Bundesrates und des Regierungsrates des Kantons Obwalden auf die Eröffnung des Casinos hingearbeitet, Investitionen vorgenommen und Personal eingestellt hat (Art. 51 Abs. 1 AVIG). bbb) Auf Grund der gesamten Entwicklung ist aber nicht nur davon auszugehen, dass es für die Beschwerdegegnerin voraussehbar war, dass eine Änderung der Homologationspraxis jederzeit und damit auch auf den 22. April 1998 eintreten konnte. Vielmehr deutet vieles darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin es sogar im Sinne von Art. 51 Abs. 3 AVIV mit zu vertreten hat, dass der Bundesrat sich überhaupt veranlasst sah, mittels Erlass der GSAV seine Homologationspraxis zu verschärfen. Es war offensichtlich das Bestreben der Beschwerdegegnerin, noch vor Inkrafttreten des neuen Spielbankengesetzes ein reines Automatencasino zu eröffnen. Gerade dies wollte aber der Bundesrat - für die Beschwerdegegnerin erkennbar - mit seiner Warnung vom 27. Juni 1997 verhindern. Auch wenn ähnliche Entwicklungen in anderen Kantonen ebenfalls dazu beigetragen haben mögen, den Bundesrat zu dieser Massnahme zu veranlassen, so ist doch anzunehmen, dass auch die Entwicklungen im Kanton Obwalden und namentlich das Verhalten der Beschwerdegegnerin den Bundesrat zum Einschreiten veranlasst haben; dass dieses Einschreiten noch ganz kurz vor der geplanten Eröffnung des Casinos in Sarnen erfolgte, ist wohl kein Zufall gewesen. ccc) Zusammenfassend ergibt sich demzufolge, dass die Arbeitsausfälle auf von der Beschwerdegegnerin zu vertretende Umstände im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AVIV zurückzuführen sind und die behördliche Massnahme durch Umstände veranlasst wurde, die die Beschwerdegegnerin mit zu vertreten hat (vgl. Art. 51 Abs. 3 AVIV). Der Arbeitsausfall erweist sich demnach als nicht anrechenbar im Sinne von Art. 31 Abs. 1 AVIG. Fehlt es somit an dieser Anspruchsvoraussetzung, so kommt die

Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung nicht in Frage. cc) Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung auch nicht mit der Rechtsunsicherheit über die Frage gerechtfertigt werden könnte, ob die Spielautomaten in Sarnen im Sinne von Art. 10 GSAV "in Betrieb" waren. Schon die Anklagekammer des Bundesgerichts wies in ihrem Urteil vom 2. November 1998 im Rahmen ihrer beschränkten Kognition darauf hin, die Beurteilung der Bundesanwaltschaft, die beschlagnahmten Geldspielautomaten seien am 22. April 1998 nicht in Betrieb gewesen, erweise sich nicht als offensichtlich unhaltbar. Dem kann nur beigefügt werden, dass auf Grund des Wortlautes und des Sinns dieser Bestimmung mit "Betrieb" nicht die blossе Betriebsbereitschaft gemeint sein konnte, wie sie im Casino Sarnen am 22. April 1998 bestand. Als Betrieb kann nur das "Klimpern des Geldes" gelten, was Eröffnung des Casinos und Publikumsverkehr voraussetzt. Soweit im Parteigutachten von PD Dr. T. eine andere Auffassung vertreten wird, kann dem nicht gefolgt werden. Die Problematik solcher von einer Partei in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten besteht gerade darin, dass sie beeinflusst vom Blickwinkel des Auftraggebers abgefasst werden, weshalb ihnen in der Regel anders als Gerichtsgutachten nur geringe Bedeutung zukommt. Schliesslich hat das Bundesgericht, wie dargelegt (vgl. vorne, Erw. 4c), in BGE 125 II 165 festgestellt, dass die Übergangsregelung in Art. 9 f. GSAV rechtskonform ist und nicht, unter Berufung auf den Vertrauensschutz, von Seiten jener mit Erfolg in Frage gestellt werden kann, die den Warnungen des Bundesrates keine Beachtung geschenkt haben.

## **E. 5**

Selbst wenn aber entgegen den vorangegangenen Erwägungen davon ausgegangen würde, dass der Arbeitsausfall anrechenbar sei, so müsste auch die Erfüllung der Voraussetzung gemäss Art. 31 Abs. 1 Bst. d AVIG verneint werden, dass nämlich der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können. Zwar darf an den Arbeitgeber kein allzu hoher Anspruch an den Nachweis des Erhaltens von Arbeitsplätzen gestellt werden (Hans-Ulrich Stauffer, Die Kurzarbeitsentschädigung, Materielle Probleme bei der Prüfung der Voraussetzungen bei Anträgen auf Kurzarbeitsentschädigung, SJZ 81/1985, 177; derselbe, Bundesgesetz, a.a.O., 92). Auch sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung prospektiv zu beurteilen (BGE 121 V 373 ff.). Der Erlass der GSAV durch den Bundesrat war indessen zeitlich nicht so beschränkt, dass diese Massnahme nur einen vorübergehenden Arbeitsausfall erwarten liess (vgl. auch SVR-Rechtsprechung, 1995, ALV Nr. 28). Auf Grund der klaren Formulierung in Art. 10 GSAV, dass nur Geräte vom Bestandesschutz profitieren konnten, die bei Inkrafttreten der GSAV "in Betrieb" waren, konnte im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung nicht davon ausgegangen werden, dass der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend sei, nämlich nur bis zum Ablauf der in Art. 12 Abs. 1 GSAV vorgesehenen Monatsfrist für die Meldung der in Betrieb stehenden Geldspielautomaten und Jackpotsysteme bestehen werde (vgl. vorne, Erw. 4e/cc). Unter diesen Umständen konnte hier auch der bereits erwähnte Präventivaspekt der Kurzarbeitsentschädigung (vgl. vorne, Erw. 2) nicht zum Tragen kommen. Denn die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung war angesichts der gesamten Umstände von vornherein nicht geeignet, Arbeitsplätze zu erhalten und Ganzarbeitslosigkeit zu verhindern. Dies hat sich im Nachhinein bestätigt, konnte doch das Casino Sarnen bis heute nicht eröffnet werden.

## **E. 6**

Waren somit die Anspruchsvoraussetzungen für die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung nicht gegeben, so ist die Beschwerde gutzuheissen und die Verfügung des Arbeitsamtes vom 19. Mai 1998 aufzuheben. de| fr | it Schlagworte bundesrat kanton sarnen kurzarbeitsentschädigung regierungsrat verordnung behörde arbeitsausfall grund umstände obwalden inkrafttreten arbeitgeber erhaltung bundesgericht Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund BV: Art.35 BV: Art.35 AVIG: Art.31 Art.32 Art.33 Art.41 Art.51 AVIV: Art.51 SBG: Art.2 Art.3 Art.5 GSAV: Art.9 Art.10 Art.12 BS 10 282: - Amtliche Sammlung 1998/1518 SJZ 81/1985 S.177 Leitentscheide BGE 125-II-152 S.161 125-II-152 121-V-371 S.373 120-V-521 S.526 125-II-152 S.165 121-V-371 S.375 VVGE 1999/00 Nr. 52

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.