



**Fall-Nr.:** AVI 2021/18  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 23.05.2022  
**Entscheiddatum:** 20.01.2022

### **Entscheid Versicherungsgericht, 20.01.2022**

**Mangels Nachweis eines Arbeitsplatzverlustrisikos besteht kein Anspruch für den von Behindertenwerkstätten geltend gemachten Arbeitsausfall aufgrund der COVID-19 Pandemie Mangels Nachweis eines Arbeitsplatzverlustrisikos besteht kein Anspruch für den von Behindertenwerkstätten geltend gemachten Arbeitsausfall aufgrund der COVID-19 Pandemie (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. Januar 2022, AVI 2021/18). Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 8C\_157/2022.**

#### **Entscheid vom 20. Januar 2022**

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen Corinne Schambeck und Michaela Machleidt Lehmann; Gerichtsschreiberin Marsha Karas

Geschäftsnr.

AVI 2021/18

Parteien

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

**Beschwerdeführerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hans-Ulrich Zürcher, Helvetiastrasse 7, 3005 Bern,

gegen



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

**Beschwerdegegner,**

Gegenstand

**Kurzarbeitsentschädigung (COVID-19)**

**Sachverhalt**

**A.**

**A.a.** Am 27. März 2020 (Datum des Poststempels) meldete die A.\_\_\_\_ beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (nachfolgend: AWA) Kurzarbeit für die Abteilungen Werkstätten (16 Mitarbeitende und 74 Klientinnen/Klienten) im Umfang von 80 % (act. G3.1/A6), Y.\_\_\_\_ (2 Mitarbeitende und 7 Klientinnen/Klienten) im Umfang von 100 % (act. G3.1/A7), X.\_\_\_\_ (5 Mitarbeitende und 4 Klientinnen/Klienten) im Umfang von 100 % (act. G3.1/A8), Beschäftigung Z.\_\_\_\_ (20 Mitarbeitende) im Umfang von 60 % (act. G3.1/A9), Tagesstruktur Autismus (5 Mitarbeitende) im Umfang von 80 % (act. G3.1/A10) und Mechanik (2 Mitarbeitende und 9 Klientinnen/Klienten) im Umfang von 80 % (act. G3.1/A11) ab 27. März bis 27. September 2020 an. Als Grund für die Einführung von Kurzarbeit gab sie betreffend die Y.\_\_\_\_ die Schliessung des Wäschereiverkaufslokals und betreffend die Werkstätten und die Mechanik die in diesen Bereichen eingebrochenen Umsätze aufgrund der COVID-19 Pandemie an (act. G3.1/A6, A7 und A11).

**A.b.** Mit Verfügungen vom 2. Juni 2020 erhob das AWA "keinen Einspruch" gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung betreffend die sechs vorstehend genannten Abteilungen der A.\_\_\_\_, wobei der Begründung zu entnehmen war, dass das AWA die Anspruchsvoraussetzungen für die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung als nicht erfüllt erachtete (act. G3.1/A13 bis 18). Am 23. Juli 2020 erliess das AWA sechs Verfügungen mit derselben Begründung, aber nunmehr ablehnendem Dispositiv (Einspruch; act. G3.1/A19 bis 24; vgl. Notiz in act. G3.1/A26).



## St.Galler Gerichte

**A.c.** Mit am 28. Juli 2020 bei der zuständigen Arbeitslosenkasse (ALK) eingegangenen Anträgen ersuchte die A.\_\_\_\_ um Abrechnung der Kurzarbeitsentschädigung für die Mechanik (act. G3.2/9), die Werkstätten (act. G3.2/10) und die Y.\_\_\_\_ (act. G3.2/5) für April 2020.

**A.d.** Gegen die Verfügungen des AWA vom 23. Juli 2020 betreffend die Abteilungen Werkstätten, Mechanik und Y.\_\_\_\_ erhob die A.\_\_\_\_ am 12. August 2020 je eine Einsprache (act. G3.1/A30 bis A33).

**A.e.** Am 27. August 2020 ersuchte die A.\_\_\_\_ die ALK betreffend dieselben drei Abteilungen um Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung für den Monat Mai 2020 (act. G3.2/4, 6 und 7).

**A.f.** Am 24. November 2020 gewährte das AWA der A.\_\_\_\_ das rechtliche Gehör (act. G3.1/A34), wovon Rechtsanwalt Dr. iur. H.-U. Zürcher, Bern, als Rechtsvertreter der A.\_\_\_\_ am 30. Dezember 2020 mittels Stellungnahme Gebrauch machte (act. G3.1/A38).

**A.g.** Mit Entscheid vom 18. Januar 2021 wies das AWA die Einsprachen vom 12. August 2020 ab. Zur Begründung führte es aus, es sei zu prüfen, ob sich in den am Markt operierenden Werkstätten Industrie, Y.\_\_\_\_ und Mechanik ein unmittelbares und konkretes Kündigungsrisiko realisiert habe oder ob die eingetretenen Verluste im Wesentlichen durch die Mittel aus der öffentlichen Hand abgedeckt würden. Die A.\_\_\_\_ habe trotz Aufforderung nicht belegt, dass der Arbeitsausfall von März bis Juni 2020 in diesen drei Betriebsabteilungen tatsächlich zu wirtschaftlichen Folgen geführt habe, welche einen Arbeitsplatzabbau bedingten. Aufgrund der komplexen Finanzierung der Institutionen für Menschen mit Behinderung, wonach insbesondere auch im Leistungsbereich Tagesstruktur mit Lohn Teile öffentlich-rechtlich und Teile privatrechtlich finanziert würden, liege es am Gesuchstellenden zu belegen, ob sich ein Verlust mit Kündigungsrisiko realisiert habe. Das Kapital im Schwankungsfonds sei grundsätzlich zum Ausgleich des in Erfüllung der Leistungsvereinbarung erzielten Betriebsergebnisses zu verwenden. Erst wenn über den Schwankungsfonds kein Ausgleich geschaffen werden könne und ein Rückgriff auf das Vereinsvermögen notwendig werde, wäre eine Gleichstellung mit Arbeitgebenden des Privatrechts angezeigt. Trotz Aufforderung sei nicht belegt worden, dass von März bis Juni 2020



Verluste angefallen seien, die nicht mit zweckgebundenen Überschüssen im Schwankungsfonds ausgeglichen werden konnten. Auch seien die Arbeitnehmenden in den zur Kurzarbeit angemeldeten Werkstätten mit und ohne Behinderung in einer mindestens teilweise von der öffentlichen Hand finanzierten Integrationsmassnahme tätig, weswegen mangels Anrechenbarkeit des versicherten Verdienstes kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe. Es sei sodann zwar mehr als fraglich, ob unter der Geltung des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK; SR 0.109) Menschen mit Behinderung weiterhin als vermittlungsunfähig qualifiziert werden könnten, wenn sie in einer geschützten Umgebung arbeiteten. Das Seco habe dies jedoch für das AWA verbindlich bestimmt, weswegen in der vorliegenden Konstellation auf vermittlungsunfähig zu erkennen sei (act. G3.1/A39).

### **B.**

**B.a.** Gegen diesen Einspracheentscheid erhebt die A.\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Zürcher, am 12. Februar 2021 Beschwerde. Sie beantragt unter Kosten- und Entschädigungsfolge, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und den grundsätzlichen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung für ihre Betriebsabteilungen Werkstätten, Mechanik und Y.\_\_\_\_ anzuerkennen (act. G1).

**B.b.** Mit Beschwerdeantwort vom 3. März 2021 beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verweist er auf den angefochtenen Einspracheentscheid (act. G3).

### **Erwägungen**

#### **1.**

Die Beschwerdeführerin stellt sich zu Recht auf den Standpunkt, die Verfügungen vom 2. Juni 2020 respektive deren Dispositiv, gemäss welchen der Beschwerdegegner keinen Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung erhoben habe, seien in Rechtskraft erwachsen und die Verfügungen vom 23. Juli 2020 seien nur rechtsgültig, sofern die Voraussetzungen der Wiedererwägung erfüllt seien. Dies ist ihrer Ansicht nach nicht der Fall (vgl. act. G1 Ziff. III/B/1). Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) regelt die Widerrufbarkeit von Verfügungen (vgl. zur Thematik Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N 1215 ff.



und 1224 ff.). Laut Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Das Dispositiv der Verfügungen vom 2. Juni 2020 lautete dahingehend, dass das AWA keinen Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung erhebe. Die Begründung der Verfügungen war demgegenüber eindeutig ablehnender Natur. Damit ist von einer zweifellosen Unrichtigkeit dieser Verfügungen auszugehen, zumal das Dispositiv offensichtlich nicht dem Willen der Verwaltung entsprach und der Begründung widersprach (vgl. Stefan Vogel, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 69 N3, wonach erstinstanzliche Verfügungen im Falle von Unklarheiten über das Mittel der Wiedererwägung zu konkretisieren sind; sowie Philipp Geertsen, Zur Mündigkeit der Urteilsbegründung von Rückweisungsentscheiden in der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung, SZS 2018, S. 505 f., wonach Urteilsbegründung und Dispositiv nie isoliert voneinander betrachtet werden dürfen). Dabei kann offen bleiben, ob es sich bei der von der Beschwerdeführerin angeführten Situation betreffend die X.\_\_\_\_ (vgl. act. G1 Ziff. III/B/1.6) um einen identischen Sachverhalt mit eindeutig der Begründung widersprechendem Dispositiv gehandelt hat, da die Voraussetzungen einer Gleichbehandlung im Unrecht klarerweise nicht erfüllt sind (vgl. BGE 126 V 390 E. 6a). Folglich durfte die Vorinstanz die Verfügungen vom 2. Juni 2020 mit Verfügungen vom 23. Juli 2020 in Wiedererwägung ziehen. Korrekterweise hat sie der Beschwerdeführerin damit den ordentlichen Rechtsweg gegen die neuerlichen Verfügungen eröffnet, welchen die Beschwerdeführerin mit der vorliegend zu prüfenden Beschwerde beschritten hat. Umstritten und nachfolgend zu prüfen ist also, ob der gemäss Voranmeldung der Beschwerdeführerin vom 27. März 2020 betreffend die Werkstätten, die Mechanik und die Y.\_\_\_\_ geltend gemachte Arbeitsausfall im Rahmen von Kurzarbeit entschädigungsberechtigt ist.

## 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 (lit. a), 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; Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR



837.0]). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (Urteil des Bundesgerichts vom 5. November 2007, C 264/06, E.2).

**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 [AVIV; 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 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 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 resp. einer angeordneten Angebotsreduktion seitens des Auftraggebers keine Garantie/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 vom 30. Oktober 2020, Weisung 2020/15 S. 12 ff.; 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 aufgrund 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 Arbeitgeber, 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 hinsichtlich der Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung namentlich den Umstand, dass ein unmittelbares und konkretes Kündungsrisiko bestanden habe und damit die Erfüllung von Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG (vgl. act. G3.1/A39). Zu Recht stellte er den Umstand, dass die vom Bundesrat zur Bekämpfung der COVID-19 Pandemie beschlossenen Massnahmen zu einem anrechenbaren Arbeitsausfall und damit zu einem Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung führen können (vgl. insbesondere Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus vom 13. März 2020 [SR 818.101.24; AS 2020 783] sowie COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung [SR 837.033, AS 2020 877]), nicht in Frage. Zu prüfen gilt es im Folgenden, ob die Arbeitsplätze in den Werkstätten, in der Mechanik und im Ladenlokal "Y.\_\_\_\_" der Beschwerdeführerin ab Ende März 2020 von einem Stellenabbau bedroht waren und durch Kurzarbeitsentschädigung hätten erhalten werden können. Dies ist wie in E. 2.4 ausgeführt prospektiv vom Zeitpunkt der Voranmeldung (27. März 2020) aus und aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie beim Erlass des Einspracheentscheids (18. Januar 2021) bestanden haben, zu beurteilen. Zu klären ist, ob und inwiefern allfällige finanzielle Engpässe, Mehraufwendungen oder Verluste aufgrund der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus aus öffentlichen Mitteln gedeckt sind (vgl. hierzu den vom Beschwerdegegner angeführten Entscheid des Eidgenössischen



Versicherungsgerichts [EVG; seit dem 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom 9. Januar 1997 in der ARV 1996/1997 S. 123 ff.; Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 259; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in SBVR, Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 2415 Rz 496). Dass die Beurteilung des Kündigungsrisikos und damit die Berechtigung für Kurzarbeitsentschädigung unter anderem vom rechtlichen Status des Arbeitgebenden sowie seiner wirtschaftlichen Stellung abhängt, ist augenscheinlich. Trägt ein Arbeitgebender kein eigentliches Betriebsrisiko und werden allfällige Defizite durch die öffentliche Hand übernommen, besteht auch im Falle eines schlechten Geschäftsgangs und fehlender Aufträge kein Bedarf, Mitarbeitende zu entlassen (vgl. vorstehend erwähnten Entscheid in ARV 1996/1997 S. 123). Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, weder Gesetz noch Verordnung sehe die Stellung des Arbeitgebenden als Kriterium für den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung vor (act. G1 Ziff. III/B/2.2). Indem Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG als eine unabdingbare Voraussetzung für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung den durch die Entschädigung ermöglichten Erhalt von Arbeitsplätzen vorsieht, beauftragt das Gesetz jedoch die Rechtsanwender mit der Beurteilung dieses Kriteriums, welches aufgrund der konkreten Verhältnissen bei den Arbeitgebenden zu prüfen ist (vgl. hierzu auch nachfolgend E. 3.2). Zu Recht weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung von der Stellung der Arbeitnehmenden als Beitragszahler abhängt (act. G1 Ziff. III/B/2.2). Dabei handelt es sich jedoch nicht um die einzige Anspruchsvoraussetzung. Die Versicherteneigenschaft stellt lediglich die Grundvoraussetzung dafür dar, dass eine Person Versicherungsschutz genießt. Dazu treten bei Eintritt des Versicherungsfalls noch weitere Anspruchsvoraussetzungen (Nussbaumer, a.a.O., S. 2281 Rz 48) - vorliegend sämtliche Voraussetzungen des Art. 31 Abs. 1 AVIG (vgl. vorstehend E. 2.1).

**3.2.** Die Beschwerdeführerin rügt sodann unter anderem, der Beschwerdegegner beziehe sich im angefochtenen Einspracheentscheid auf eine Verwaltungsweisung (Weisung 2020/15 vom 30. Oktober 2020 und AVIG-Praxis KAE Ziff. D36 f.), welcher keine Verbindlichkeit zukomme (act. G1 Ziff. III/B/2.4). Verwaltungsweisungen sind für das Gericht grundsätzlich nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 141 V 139 E. 6.3.1



mit Hinweisen). Auf dem Wege von Verwaltungsweisungen dürfen jedoch keine über Gesetz und Verordnung hinausgehenden Einschränkungen eines materiellen Rechtsanspruchs eingeführt werden (BGE 140 V 543 E. 3.2.2.1). Letzteres macht die Beschwerdeführerin geltend. Ihr zufolge würde die vom Seco vertretene Auffassung dazu führen, dass Hunderttausend Versicherte von vornherein und nur deshalb von Kurzarbeitsentschädigungen ausgeschlossen würden, weil sie Mitarbeitende von Bund, Kantonen und Gemeinden sowie weiterer öffentlich-rechtlich organisierter Betriebe seien oder wie vorliegend von Institutionen, welche aufgrund eines Leistungsvertrags und mit Subventionen des Kantons unterstützt tätig seien (act. G1 Ziff. III/B/2.4). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin fusst die Berücksichtigung unter anderem des Status und der wirtschaftlichen Situation der Arbeitgebenden wie vorstehend in E. 3.1 ausgeführt sehr wohl im Gesetz, indem das Entlassungsrisiko eine Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung darstellt. Auch ohne die entsprechenden Weisungen des Seco hätte der Beschwerdegegner das Entlassungsrisiko von Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin zu prüfen gehabt. Insoweit ist nicht ersichtlich, aus welchen triftigen Gründen von diesen Weisungen des Seco abzuweichen wäre, zumal sie entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keinen Rechtsanspruch der Beschwerdeführerin schmälern. Hieran vermag auch die von der Beschwerdeführerin angeführte Motion 20.3540 von M. Bircher "Kurzarbeitsentschädigung. Uneinheitlicher Vollzug für Gemeinden und gemeindenahe Betriebe" vom 8. Juni 2020 (abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20203540>, abgerufen am 1. September 2021) nichts zu ändern. Wie die Beschwerdeführerin selber anführt, hat die Durchführungsstelle der Arbeitslosenversicherung in jedem Einzelfall das Risiko abzuklären, wann bei einem Mitarbeitenden eines Erbringers öffentlicher Leistungen ein Risiko eines Stellenverlustes als gegeben zu erachten ist. Dies hat der Beschwerdegegner vorliegend getan. Inwiefern die Weisungen des Seco den Ausführungen des Bundesrates vom 26. August 2020 zuwiderlaufen sollen, ist nicht ersichtlich - vielmehr verweist der Bundesrat in seinen Ausführungen auf die Weisungen des Seco. Im Übrigen wurde diese Motion am 25. September 2020 im Nationalrat abgelehnt, was bedeutet, dass Letzterer keinen Handlungsbedarf sah (vgl. Chronologie der Motion, a.a.O.). Ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung würde nach dem Gesagten entfallen, wenn es im Falle der Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin an einem unmittelbaren und konkreten Kündigungsrisiko fehlen würde.

**3.3.** Laut Eintrag im Handelsregister beschafft sich die Beschwerdeführerin (eingetragen als Verein) ihre Mittel durch Jahresbeiträge der Mitglieder, freiwillige



Beiträge von Mitgliedern und Gönnern, Vermächtnisse und Vergabungen, Erträge des Vereinsvermögens und eventuelle Betriebsüberschüsse der Institutionen sowie Beiträge der öffentlichen Hand. Ihr Zweck lautet dahingehend, dass die Beschwerdeführerin sich für Menschen im Raum St. Gallen einsetzt, die Förderung, Betreuung, Unterstützung oder Schutz brauchen. Sie führt Institutionen, die auf deren besonderen Bedürfnisse eingehen, und stärkt ihre Integration in die Gesellschaft (vgl. Internet-Auszug aus dem Handelsregister betreffend A.\_\_\_\_, abgerufen am 1. September 2021). Im Rahmen der vorliegend zu beurteilenden Abteilungen (Ladenlokal "Y.\_\_\_\_", Mechanik und Industrie) der Beschwerdeführerin steht somit der Zweck, Menschen mit Behinderung zu fördern, betreuen, unterstützen, beschützen und in die Gesellschaft zu integrieren, ganz im Vordergrund (vgl. in diesem Zusammenhang das Bundesgesetz über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen [IFEG; SR 831.26]).

**3.4.** Um ihren Zweck erfüllen zu können, erhält die Beschwerdegegnerin unter anderem in Ausführung von Art. 16 des Gesetzes über die soziale Sicherung und Integration von Menschen mit Behinderung (sGS 381.4; BehG) Leistungen vom Kanton St. Gallen im Rahmen der jährlich abgeschlossenen Leistungsvereinbarung. Diese sieht Pauschalen vor, welche der Kanton pro leistungsnutzende Person ausrichtet bis zum maximalen Leistungsumfang (vgl. Allgemeine Vertragsbedingungen [AVB] zu den Leistungsvereinbarungen nach Art. 16 BehG, abgerufen am 1. September 2021 unter [https://www.sg.ch/gesundheits-soziales/soziales/behinderung/einrichtungen-fuer-menschen-mit-behinderung/finanzierung/\\_jcr\\_content/Par/sgch\\_accordion\\_list/AccordionListPar/sgch\\_accordion\\_1971937277/AccordionPar/sgch\\_downloadlist/DownloadListPar/sgch\\_down-load\\_1901166873.ocFile/Allgemeine%20Vertragsbedingungen%20\(AVB\).pdf](https://www.sg.ch/gesundheits-soziales/soziales/behinderung/einrichtungen-fuer-menschen-mit-behinderung/finanzierung/_jcr_content/Par/sgch_accordion_list/AccordionListPar/sgch_accordion_1971937277/AccordionPar/sgch_downloadlist/DownloadListPar/sgch_down-load_1901166873.ocFile/Allgemeine%20Vertragsbedingungen%20(AVB).pdf)). Gemäss Auskunft des Amtes für Soziales, Departement des Innern des Kantons St. Gallens, wurden die Leistungsabteilungen in der ausserordentlichen Phase aufgrund der COVID-19 Pandemie gleichwohl entrichtet (vgl. act. G3.1/A34 E. 3g; AVI 2021/16 E. 3.3 sowie nachfolgende E. 3.5, wonach im Falle der Beschwerdeführerin die Leistungsabteilungen im Jahr 2020 sogar höher waren als budgetiert). Den Details zur Betriebsrechnungen der Beschwerdeführerin ist zu entnehmen, dass Ende 2020 653 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (469 Vollzeitstellen) für die Beschwerdeführerin tätig waren, währenddem es Ende 2019 638 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter waren (477 Vollzeitstellen), Ende 2018 621 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (457 Vollzeitstellen) und Ende 2017 604 (437 Vollzeitstellen; Vereinsrechnung 2020, L Details zur Betriebsrechnung, 12 Personalaufwand, S. 14; Vereinsrechnung 2019, L Details zur Betriebsrechnung, 12 Personalaufwand, S. 14; Vereinsrechnung 2018, L Details zur Betriebsrechnung, 13



Personalaufwand, S. 13; alle abrufbar unter [https://\(...\).ch/ueber-uns/](https://(...).ch/ueber-uns/) -> Jahresberichte, abgerufen am 1. September 2021). Die Mitarbeitendenzahl von Ende 2020, welche sich im Rahmen der Vorjahre befindet, spricht nicht dafür, dass die Beschwerdeführerin entgegen ihrem sozialen Zweck Mitarbeitende mit Beeinträchtigung aus wirtschaftlichen Gründen wegen eines vorübergehenden Auftragsmangels entlassen würde. Ein Kündigungsrisiko von Mitarbeitenden mit geschütztem Arbeitsplatz aufgrund der tieferen Auslastung wird denn von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht (vgl. act. G1). Auch dies legt nahe, dass für die Beschwerdeführerin nicht wirtschaftliche Faktoren, sondern ihre soziale Zielsetzung sowie die Einhaltung der Leistungsvereinbarung mit dem Kanton zentral sind.

**3.5.** Aus der Vereinsrechnung 1. Januar bis 31. Dezember 2020 ist ersichtlich, dass die laut Beschwerdeführerin betroffenen Betriebsabteilungen (vgl. act. G1 Ziff. III/B/3.3) Metallwerkstatt, Industrie und Ladenlokal weitaus tiefere Erträge aus Dienstleistung, Handel und Produktion erzielten (Fr. 126'993.64, Fr. 283'278.92 und Fr. 47'121.93), als sie aus der inner- und ausserkantonalen Leistungsabgeltung einnahmen (Fr. 251'956.82, Fr. 1'149'760.38 und Fr. 52'542.--; act. G1.7, Ziff. 60, 61 und 63). Im Jahr 2019 sahen diese Zahlen folgendermassen aus: In der Metallwerkstatt betrug der erwirtschaftete Ertrag Fr. 122'192.69 und die Leistungsabgeltung Fr. 211'224.40, in der Industrie Fr. 371'751.89 vs. Fr. 1'198'275.94 und im Ladenlokal Fr. 61'846.28 vs. Fr. 52'930.71 (act. G1.7, Ziff. 60, 61 und 63). Auffallend ist bezüglich des Jahres 2020, dass die Einnahmen aus den kantonalen Leistungsabgeltungen in den ersten beiden Fällen höher und im dritten Fall nur leicht tiefer waren als budgetiert (Metallwerkstatt: Budget Fr. 207'000.-- vs. Rechnung Fr. 251'956.82; Industrie: Budget Fr. 1'076'000.-- vs. Rechnung Fr. 1'149'760.38; Ladenlokal: Budget Fr. 53'000.-- vs. Rechnung Fr. 52'542.--; vgl. act. G1.7 Ziff. 60 und 61). Diese Differenz von insgesamt Fr. 118'259.20 (Fr. 44'956.82 + Fr. 73'760.38 - Fr. 458.--) übertrifft die geltend gemachte Ertragseinbusse von Fr. 98'396.37 (vgl. act. G1 Ziff. III/B/3.3 sowie act. G1.7, Ziffer 63). Die - unabhängig von der COVID-19 Pandemie - weitaus höheren Einnahmen aus den Leistungsvereinbarungen als durch die erwirtschafteten Leistungen zeigen den vorrangigen Stellenwert des sozialen Zwecks der Beschwerdeführerin auf. Eine Auswirkung des Umsatzrückganges im Vergleich zum Vorjahr in der Industrie und im Ladenlokal auf die Leistungsvereinbarung 2021 bzw. die künftige Anzahl Arbeitsplätze wird darüber hinaus nicht geltend gemacht (vgl. act. G1). Vielmehr würde eine Kündigung wegen zurückgegangenem Ertrag bedeuten, dass die Leistungsabgeltung für die Betroffenen für die Zukunft verloren wäre. Auch dieser Aspekt ist bei der Beurteilung des Entlassungsrisikos zu berücksichtigen. Insgesamt ist daher nicht



davon auszugehen, dass die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung an die Beschwerdeführerin dem Erhalt von Arbeitsplätzen gedient hätte, sondern der Reduktion des von der Beschwerdeführerin im Jahr 2020 im Vergleich zum Vorjahr in den Bereichen Industrie und Ladenlokal erlittenen Umsatzrückgangs (vgl. act. G1.7, Ziff. 63).

**3.6.** Laut Art. 21 Abs. 1 und 2 BehG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. d BehG errichten die kantonale anerkannten natürlichen oder juristischen Personen, die stationäre Wohnangebote oder Tagesstrukturen für Menschen mit Behinderung anbieten, bei pauschaler Leistungsabgeltung einen Schwankungsfonds. Das Kapital dieses Fonds wird zum Ausgleich des in Erfüllung der Leistungsvereinbarung erzielten Betriebsergebnisses verwendet. Insoweit die Beschwerdeführerin geltend macht, beim Schwankungsfonds handle es sich für die Beurteilung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung um ein sachfremdes Kriterium (vgl. act. G1 Ziff. III/B/4), kann ihr nicht gefolgt werden, zumal dieser - wie sie selber vorbringt - Teil der Finanzierungsregelung zwischen Kanton und natürlichen oder juristischen Personen, die stationäre Wohnangebote oder Tagesstrukturen für Menschen mit Behinderung anbieten, bildet (vgl. Art. 17 ff. und Art. 1 Abs. 1 lit. d BehG). Die Beschwerdeführerin steht in diesem Rahmen in einem Vertragsverhältnis mit der öffentlichen Hand, weshalb auch die Hinweise darauf, dass bei privaten Unternehmen die gesetzliche Reserve keine Berücksichtigung finde (vgl. act. G1 Ziff. III/B/4.2c) und die Beschwerdeführerin gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. f IFEG Mitarbeitenden mit Behinderung für ihre wirtschaftlich verwertbare Tätigkeit einen Lohn bezahlen müsse (vgl. act. G1 Ziff. III/B/4.2b), unbehelflich sind. Wie gesagt kann gemäss höchstgerichtlicher Rechtsprechung der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nicht losgelöst von unter anderem der der Arbeitgeberin von der öffentlichen Hand zugewiesenen Aufgaben und von ihrer wirtschaftlichen Stellung beurteilt werden (ARV 1996/1997 S. 123). Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin von Gesetzes wegen über einen Schwankungsfonds verfügen muss und dieser zum Ausgleich des in Erfüllung der Leistungsvereinbarung erzielten Betriebsergebnisses verwendet werden muss, spricht wiederum für ein wenig wahrscheinliches Entlassungsrisiko der Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin. Hieran vermag die nicht belegte Behauptung, dass der Schwankungsfonds die durch den erlittenen Arbeitsausfall der Mitarbeitenden entstandenen Ertragseinbussen alleine nicht zu decken vermöge (act. G1 Ziff. III/B/4.2a), nichts zu ändern. Immerhin weist die Vereinsrechnung 2020 für den Bereich Industrie einen Gewinn von Fr. 55'317.02 aus, während das Ladenlokal und die Metallwerkstatt schon im Vorjahr einen Verlust aufwiesen, der im 2020 sogar tiefer lag als budgetiert (vgl. act. G1.7 S. 4 letzte Zeile). Der Schwankungsfonds der Beschwerdeführerin erlitt zudem im Vereinsjahr keinen



Verlust, sondern mehr Zugänge als Abgänge (vgl. Vereinsrechnung 2020, 11 Fondskapital). Eine Diskriminierung ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich (vgl. Vorbringen in act. G1 Ziff. III/B/4.2d), zumal diese Art der Finanzierung der Arbeitgeberin davon abhängt, dass sie ambulant oder stationär Leistungen oder Tagesstrukturen für Menschen mit Behinderung anbietet (Art. 1 Abs. 1 lit. c und d BehG; vgl. zur Thematik der geltend gemachten Diskriminierung auch nachstehend E. 3.6). Es ist der Beschwerdeführerin zwar darin zuzustimmen, dass die Anspruchsvoraussetzung der Eignung von Kurzarbeit zur Erhaltung der Arbeitsplätze prospektiv vom Zeitpunkt der Voranmeldung aus zu beurteilen ist, es sind jedoch die tatsächlichen Verhältnisse, wie sie beim Erlass des Einspracheentscheids am 18. Januar 2021 bestanden haben, zu berücksichtigen (vgl. vorstehend E. 2.4). Folglich spricht nichts gegen die Berücksichtigung der Vereinsrechnung 2020, welche den Stand der wirtschaftlichen Situation per 31. Dezember 2020 abbildet. Insgesamt erscheint es nicht überwiegend wahrscheinlich, dass bei den betreuten oder betreuenden Mitarbeitenden des Ladenlokals, Mechanik oder Industrie der Beschwerdeführerin wegen des vorübergehenden Arbeitsausfalles bzw. Umsatzeinbruches das Risiko eines Arbeitsplatzverlustes bestanden hat.

**3.7.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, eine Sonderbehandlung von Menschen mit Behinderung bezüglich des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung sehe weder das AVIG noch die AVIV vor, darüber hinaus wäre eine Ungleichbehandlung auch mit übergeordnetem Recht nicht vereinbar (act. G1 Ziff. III/B/7). Sie beruft sich auf Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101), laut welcher Bestimmung unter anderem niemand wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung diskriminiert werden darf. Diskriminierungsverbote bezwecken, die Einzelnen vor entwürdigender Sonderbehandlung zu schützen und sie als vollwertige Mitglieder der Gesellschaft anzuerkennen (Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 684). Wie die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf BGE 141 I 251, E. 4.3.2 vorbringt, liegt eine direkte oder indirekte oder mittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre. Die Beschwerdeführerin sieht einen solchen Umstand darin, dass Menschen mit Behinderung eine andere Behandlung erfahren als andere (act. G1 Ziff. III/B/7). Es sind jedoch in der vorliegenden Konstellation nicht die Arbeitnehmenden, welche "anders" behandelt werden. Vielmehr ist aufgrund der konkreten Umstände davon auszugehen, dass sie sich keinem Entlassungsrisiko gegenüber sahen, wie dies in einer



vergleichbaren Situation bei der Anstellung bei einem privaten Arbeitgebenden ohne Leistungsvereinbarung allenfalls der Fall gewesen wäre. Und die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin befindet sich angesichts ihres Vertragsverhältnisses mit der öffentlichen Hand und der teilweisen Finanzierung durch die öffentliche Hand in keiner mit privaten Arbeitgebenden vergleichbaren Situation. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass in der Arbeitslosenversicherung verschiedentlich eine Inkongruenz zwischen Beitragspflicht und Anspruchsberechtigung besteht. Nicht jede beitragspflichtige Person ist anspruchsberechtigt. Diese Inkongruenz ist jedoch vom Gesetzgeber in Kauf genommen worden und stellt keine vom Gericht zu schliessende Lücke dar (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 11 mit Hinweisen). Nach dem Gesagten ist die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Diskriminierung nicht ersichtlich, zumal betreffend jede versicherte Person sämtliche Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen sind und die fehlende Erfüllung einer zu erfüllenden Voraussetzung immer zum Leistungsausschluss führt.

#### 4.

**4.1.** Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, wie es sich mit der zwischen den Parteien umstrittenen Vermittlungsfähigkeit und dem ebenfalls umstrittenen versicherten Verdienst (vgl. act. G3.1/A39 sowie G1) verhält. Der Beschwerdegegner hat mangels Entlassungsrisiko zu Recht den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung verneint. Die Beschwerde ist somit vollumfänglich abzuweisen.

**4.2.** Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG in der bis 31. Dezember 2020 gültigen, für das vorliegende Verfahren gemäss Art. 82a ATSG noch anwendbaren Fassung). Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG).

### Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

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