

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2021 1

Entscheid vom 19. April 2021

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Dr.oec. Andreas Risi, Richter
Dr.iur. Frank Lampert, Richter
MLaw Tanja Marty, a.o. Gerichtsschreiberin

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer,

gegen

Amt für Arbeit, Lückenstrasse 8, Postfach 1181,
6431 Schwyz,
Vorinstanz,

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Covid-19 Kurzarbeitsentschädigung)

Sachverhalt:

A. Unter dem Namen "A. _____" besteht ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) vom 10. Dezember 1907 mit Sitz in ____ (Kt. SZ). Der Verein unterstützt Aktivitäten im Hinblick auf die Wahrung und Förderung des Mensch-Seins und seiner würdigen Entfaltung sowie des organischen Zusammenwirkens aller Völker. Der Verein ist international tätig und kann u.a. Veranstaltungen zur Begegnung der Kulturen organisieren und durchführen (vgl. Vereinsstatuten Ziff. 1 und 2; Bf-act. 3). Entsprechend organisiert der Verein Seminare sowie öffentliche Anlässe im In- und Ausland. Er führt diese auch selbst durch und finanziert sich u.a. dadurch. Er trägt die UID CHE-_____. Zwecks Erfüllung dieser Aufgaben hat der Verein zwei Mitarbeitende je mit einem Vollpensum angestellt (Vi-act. 4). Aufgrund der Coronapandemie und der damit verbundenen COVID-19 Massnahmen konnten Seminare und öffentliche Anlässe nicht mehr durchgeführt werden (vgl. Vi-act. 1; 9).

B. Am 22. August 2020 reichte der "A. _____" beim Amt für Arbeit die Voranmeldung von Kurzarbeit aufgrund behördlicher Massnahmen infolge Pandemie Covid-19 ein. Die Kurzarbeit müsse für den Gesamtbetrieb (in casu zwei Personen) eingeführt werden. Aufgrund der behördlichen Massnahmen und der Einschränkung der Reisemöglichkeiten (Quarantänevorschriften) und die für solche Veranstaltungen nötigen Schutzvorschriften könnten weiterhin keine Anlässe durchgeführt werden. Die Kurzarbeit dauere voraussichtlich vom 1. September 2020 bis 30. September 2020 und der Arbeitsausfall betrage 100% (vgl. Vi-act. 1).

C. Nach Prüfung der Voranmeldung erhob das Amt für Arbeit mit Verfügung vom 16. September 2020 Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung (KAE), da bei einem Verein kein eigentliches Betriebsrisiko bestehe, mithin kein anrechenbarer Arbeitsausfall vorliegen würde (vgl. Vi-act. 2).

D. Gegen diese Verfügung bzw. diesen Einspruch erhob der Verein "A. _____" am 13. Oktober 2020 Einsprache mit dem Antrag, die Voranmeldung wohlwollend zu prüfen und mit der befristeten Kurzarbeitsentschädigung die drohenden Arbeitsplatzverluste abzuwenden und die Arbeitsplätze im Verein sicherzustellen (vgl. Vi-act. 3). Mit Einspracheentscheid Nr. 289/20 vom 23. November 2020 bestätigte das Amt für Arbeit die Verfügung vom 16. September 2020 und wies die Einsprache vom 13. Oktober 2020 ab (vgl. Vi-act. 4).

E. Am 7. Januar 2021 (Postaufgabe gleichentags) reicht der Verein "A. _____" fristgerecht - unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes vom

18. Dezember 2020 bis 2. Januar 2021 (vgl. Art. 38 Abs. 4 lit. c des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1] vom 6.10.2000) - Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz ein mit folgenden Rechtsbegehren:

Der Verein "A._____" ersucht das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz, den Einspracheentscheid Nr. 289/20 des kantonalen Amtes für Arbeit vom 23.11.2020 abzuändern und dem Verein:

1. Die Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung für die beiden Arbeitnehmenden des Vereins für die Zeit von 01.09. bis 30.09.2020 und von 01.10.2020 bis 31.03.2021 zu gewähren,
2. Behelfsweise (in eventu) die Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung für die längstmögliche Periode zu gewähren.

F. Mit Vernehmlassung vom 3. Februar 2021 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

G. Am 17. März 2021 stellte das Verwaltungsgericht ein Auskunftsbegehren an den Beschwerdeführer. U.a. hatte er die Vereinsorganisation darzulegen und die Vereinsstatuten einzureichen. Dieser Aufforderung kam der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 3. März 2021 (Posteingang 5.3.2021) nach.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu überprüfen bzw. zu beurteilen, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich - in Form einer Verfügung (bzw. eines Beschlusses) - Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die Verfügung den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand. Umgekehrt fehlt es an einer Sachurteilsvoraussetzung, wenn und insoweit keine Verfügung ergangen ist (vgl. VGE I 2020 28 vom 26.5.2020 Erw. 1.2 mit Hinweisen; u.a. BGE 125 V 414 Erw. 1a; BGE 119 Ib 36 Erw. 1b; BGE 118 V 313 Erw. 3b). Diesbezüglich wird in der kantonalen Rechtsprechung festgehalten, dass nach konstanter Praxis der Umfang der Tätigkeit des Verwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz durch den Anfechtungsgegenstand abgegrenzt wird. Es kann nur das Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein, was auch Gegenstand der zugrundeliegenden Verfügung war bzw. nach richtiger Gesetzesauslage hätte sein müssen. Gegenstände, über welche die erste Instanz bzw. Vorinstanz zu Recht (noch) nicht entschieden hat, fallen nicht in den Kompetenzbereich des Verwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz (vgl. statt vieler VGE III 2016 193 vom 21.12.2016 Erw. 1.2 mit Hinweisen, u.a. auf VGE III 2012 126 vom 15.11.2012 Erw. 1.2;

VG E III 2012 129 vom 19.12.2012 Erw. 2.3.1; siehe auch Bertschi, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich 2014, Vorbem. Zu §§ 19 - 28a, Rz. 44 - 49).

1.2 Gegenstand der angefochtenen Verfügung vom 16. September 2020 und des Einspracheentscheids vom 23. November 2020 bildet ausschliesslich die Fragestellung, ob die Vorinstanz die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung gestützt auf die Voranmeldung vom 22. August 2020 für den Zeitraum vom 1. September 2020 bis 30. September 2020 zu Recht oder zu Unrecht verneint hat. Die Fragestellung, ob der Beschwerdeführer darüber hinaus und weiterhin Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hat (oder nicht) bildet nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung / des angefochtenen Einspracheentscheides, denn diesbezüglich hat die Vorinstanz noch nicht materiell verfügt bzw. noch keinen Einspracheentscheid erlassen. Bei dieser konkreten Sachlage kann das Verwaltungsgericht rechtsprechungsgemäss auf die Fragestellung, wie es sich mit dem laufenden, bzw. künftigen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung verhält, im vorliegenden Beschwerdeverfahren zur Kurzarbeitsentschädigung vom 1. September 2020 bis 30. September 2020 nicht eintreten. Die Verfügung vom 23. November 2020 und die davon betroffenen Verfügungen vom 12. Mai 2020 und 14. August 2020 sowie die dagegen erhobene Einsprache des Beschwerdeführers vom 7. Januar 2021 bilden nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Soweit der Beschwerdeführer Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Oktober 2020 bis 31. März 2021 resp. für die längst mögliche Periode beantragt, ist nicht darauf einzutreten.

2.1 Mit Verfügung vom 16. September 2020 betreffend Voranmeldung von Kurzarbeit (BUR-Nr. 92837917) vom 22. August 2020 erhob die Vorinstanz Einspruch gegen die Auszahlung von der KAE an den Beschwerdeführer. Den Einspruch begründet die Vorinstanz u.a. damit, dass die Einführung von Kurzarbeit vorübergehende Beschäftigungseinbrüche ausgleichen und Arbeitsplätze erhalten soll. Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung setze die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles voraus (Art. 31 Abs. 1 lit. d Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0] vom 25.6.1982). Ein Arbeitsausfall sei u.a. dann anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar, vorübergehend und unüblich sei (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Schwankungen in der Auftragslage, insbesondere in Dienstleistungsbetrieben seien in der Regel üblich und würden keinen anrechenbaren Arbeitsausfall begründen. Im Einzelfall könnten jedoch auch solche Umstände entschädigungsbe-rechtigt sein, wenn sie auf ausserordentliche Umstände zurückzuführen seien.

Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung sei die Erhaltung von Arbeitsplätzen in Betrieben, in denen wegen ungünstigen wirtschaftlichen Entwicklungen Arbeitsplatzverluste drohen würden. Es solle verhindert werden, dass durch einen vorübergehenden Rückgang der Nachfragen nach den angebotenen Waren und Dienstleistungen und der sich daraus ergebenden Arbeitsausfälle kurzfristig Kündigungen ausgesprochen würden. Dieses unmittelbare Arbeitsplatzabbaurisiko bestehe grundsätzlich nur bei Unternehmen, welche die Erbringung ihrer Dienstleistungen ausschliesslich mit den damit erzielten Einkünften oder Geldern von Privaten finanzieren würden. Viele öffentlich-rechtliche Arbeitsgeber, Gemeinschaften und Vereine würden kein Betriebs- und Konkursrisiko tragen, weil sie die ihnen von Gesetz übertragenen Aufgaben unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahrzunehmen hätten. Der Beschwerdeführer erbringe zwar Dienstleistungen, welche aber nicht in einem direkten Kontakt mit dem Markt stünden und ihr eigenes Betriebsrisiko, d.h. ein Konkursrisiko bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten eingehen würden. Die blossе Tatsache, dass jemand Arbeitgeber sei, reiche nicht aus, um im Falle von ausgefallenen Arbeitsstunden Anspruch auf eine Kurzarbeitsentschädigung zu haben. Ein Verein bezeichne eine freiwillige und auf Dauer angelegte Vereinigung von natürlichen Personen zur Verfolgung eines bestimmten Zweckes. Dabei trage der Verein kein eigentliches Betriebsrisiko, weshalb die Lohnkosten nicht auf die Arbeitslosenkasse abgewälzt werden könnten (vgl. Vi-act. 2).

2.2 In seiner Einsprache betonte der Beschwerdeführer, zur Erfüllung des Vereinszwecks habe er zwei Arbeitnehmende mit einem Pensum von je 100% eingestellt. Zusätzlich würden je nach Arbeitsaufwand und Anlass zwischen drei bis ca. 70 Menschen auf freiwilliger Basis mitarbeiten. Mit den freiwillig Helfenden seien bisher vorübergehende Rückgänge der Nachfrage nach den angebotenen Dienstleistungen immer ausgeglichen und aufgefangen worden. Nun sei mit den ausserordentlichen Umständen und den einschränkenden Massnahmen im Zusammenhang mit COVID-19 ein Aufrechterhalten des Angebotes des Beschwerdeführers vorübergehend nicht möglich. Somit könne den beiden Angestellten aus wirtschaftlichen und absolut unüblichen Gründen unvermeidbar keine Arbeit gegeben werden. Der Vorstand wisse, dass dieser Beschäftigungseinbruch auf ausserordentliche Umstände zurückzuführen und nur vorübergehender Natur sei. Er sehe sich jedoch gezwungen, das Arbeitsverhältnis mit den beiden Angestellten in absehbarer Zeit aufzulösen, wenn sich die finanziellen Mittel des Vereins erschöpfen würden. Das unmittelbare Arbeitsplatzabbaurisiko bestehe, da die Erbringung der Dienstleistungen ausschliesslich mit den damit erzielten Einkünften und Geldern von Privaten finanziert würden. Der Beschwerdeführer biete zwei Menschen seit vielen Jahren eine feste Anstellung und entrichte die ent-

sprechenden Sozialabgaben und Steuern. Der Vorstand befürchte, dass die beiden Angestellten bei einer Entlassung auf dem Markt in der heutigen doch schwierigen Zeit keine andere Anstellung finden und von der Sozialhilfe abhängig würden. Der Vorstand sei sodann überzeugt, dass beim Überstehen der heutigen, vorübergehenden Krise durch die einschränkenden Massnahmen im Zusammenhang mit COVID-19 das Anstellungsverhältnis noch weitere viele Jahre aufrechterhalten werden könne.

2.3 Mit dem Einspracheentscheid Nr. 289/20 vom 23. November 2020 wurde die Verfügung vom 16. September 2020 bestätigt. Der Beschwerdeführer verkenne in der Einsprache, dass der Anspruch auf KAE an mehrere Voraussetzungen geknüpft sei. So sei das unmittelbare Arbeitsplatzabbaurisiko der Mitarbeitenden nicht das einzige Beurteilungskriterium. Ein Arbeitsausfall sei nicht anrechenbar, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen wie Reinigungs-, Reparatur- oder Unterhaltsarbeiten sowie andere übliche und wiederkehrende Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände verursacht werde, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören würden (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG). Der Beschwerdeführer als Verein trage kein eigentliches Betriebsrisiko. Ein Verein bezeichne eine freiwillige und auf Dauer angelegte Vereinigung von natürlichen Personen zur Verfolgung eines bestimmten Zwecks. Gemäss Art. 61 Abs. 2 ZGB sei ein Verein zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet, wenn er für seinen Zweck ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibe oder revisionspflichtig sei. Der Beschwerdeführer sei nicht im Handelsregister eingetragen. Ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe sei somit nicht der Vereinszweck, womit ein normales Betriebsrisiko nicht festgestellt werden könne. Die Lohnkosten eines Vereins ohne eigentliches Betriebsrisiko könnten nicht auf die Arbeitslosenkasse abgewälzt werden (vgl. Vi-act. 4).

2.4 Der Beschwerdeführer macht vor dem Verwaltungsgericht geltend, die Vorinstanz habe es in der Verfügung vom 12. Mai 2020 sowie in der Vorgehensbelehrung unterlassen, ihn darauf hinzuweisen, dass als Voraussetzung für die KAE der Beschwerdeführer im Handelsregister eingetragen sein müsse. Zudem habe die Arbeitslosenkasse die KAE für den Monat Mai 2020 in der Höhe von Fr. 3'023.15 ausbezahlt (Beschwerde S. 1). Auch die Verfügung vom 14. August 2020 würde keinen Hinweis enthalten, wonach der Handelsregistereintrag eine Voraussetzung sei (vgl. Beschwerde S. 2). Dies werde zum ersten Mal im Einspracheentscheid vorgebracht. Die Vorinstanz würde zudem im Wesentlichen die Begründung der Verfügung vom 16. September 2020 wiederholen, wonach der Einspruch gegen die Auszahlung der KAE damit begründet werde, dass ein unmittelbares Arbeitsplatzabbaurisiko grundsätzlich nur bei Unternehmen bestehe,

welche die Erbringung ihrer Dienstleistungen ausschliesslich mit den damit erzielten Einkünften oder Geldern von Privaten finanzieren würden. Der Beschwerdeführer habe seine Dienstleistungen ausschliesslich mit den damit erzielten Einkünften und Geldern von Privaten finanziert und zu keiner Zeit öffentliche Mittel erhalten – ausser die KAE für den Monat Mai 2020, welche allerdings covid-bedingt und daher durch ausserordentliche Umstände begründet seien und daher vorliegend ausser Betracht fielen. Es werde weiter ausgeführt, dass viele öffentlich-rechtliche Arbeitgeber, Gemeinschaften und Vereine kein Betriebs- und Konkursrisiko tragen würden, "weil sie die ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahrzunehmen haben". Diese (unbegründete) Argumentation seitens der Vorinstanz treffe auf den Beschwerdeführer nicht zu, da ihm von Gesetz keine solchen Aufgaben übertragen worden seien. Der Beschwerdeführer "erbringe zwar Dienstleistungen, welche aber nicht in einem direkten Kontakt mit dem Markt" stünden, genau dieser "direkte Kontakt mit dem Markt", der covid-bedingt zusammengebrochen sei, bzw. von den Behörden geschlossen wurde, würde die Schwierigkeiten verursachen, welche zur Beschwerde geführt hätten. Der Beschwerdeführer sei ein Verein, der tatsächlich eine freiwillige und auf Dauer angelegte Vereinigung von natürlichen Personen zur Verfolgung eines bestimmten Zweckes. Demzufolge seien beide Angestellten für die Organisation und Durchführung der Anlässe im Sinne des Beschwerdeführers zuständig. Demzufolge müsse der Beschwerdeführer gemäss Art. 47 lit. a und c AVIG die KAE vorschliessen und den Arbeitnehmern am ordentlichen Zahltagtermins ausrichten (vgl. Beschwerde S. 3). Zudem habe der Beschwerdeführer während der Kurzarbeit die vollen gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Sozialversicherungsbeiträge entsprechend der normalen Arbeitszeit zu bezahlen. Der Beschwerdeführer nehme auch diese Verpflichtungen ernst und erfülle sie nach bestem Wissen. Demnach sei die Feststellung, wonach der Beschwerdeführer kein "eigentliches Betriebsrisiko" trage, sowie der Schluss, dass die Lohnkosten nicht auf die Arbeitslosenkassen abgewälzt werden können, nicht gerechtfertigt.

2.5 Mit Vernehmlassung vom 3. Februar 2020 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen. Sie legt dar, gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG hätten Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt und der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend sei, Anspruch auf KAE, sofern der Arbeitsausfall anrechenbar sei. Der Arbeitsausfall sei u.a. nicht anrechenbar, wenn er durch übliche und wiederkehrende Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände verursacht werden, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören würden oder wenn er branchen-, berufs-, oder betriebsüblich sei oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen ver-

ursacht würde (Art. 33 Abs. 1 lit. a und b AVIG). Dem Beschwerdeführer sei der Anspruch auf KAE ab dem 1. September 2020 aufgrund des Umstands verweigert worden, dass er kein eigentliches Betriebsrisiko trage.

3. Streitig und nachfolgend zu prüfen ist, ob die Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers auf KAE zu Recht ablehnt mit der Begründung, dass er als Verein kein eigentliches Betriebsrisiko zu tragen habe und sich hätte ins Handelsregister eintragen lassen müssen, wenn er ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibe.

4.1 Das Arbeitslosenversicherungsgesetz möchte u.a. für Erwerbsausfälle wegen Kurzarbeit den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz garantieren (Art. 1a Abs. 1 lit. b AVIG). Gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG 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 (lit. a), der Arbeitsausfall anrechenbar ist (lit. b), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt (lit. c) und der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (lit. d). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGE 121 V 374 Erw. 2a). Hält die kantonale Amtsstelle eine oder mehrere Anspruchsvoraussetzungen für nicht erfüllt, erhebt sie durch Verfügung Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung (vgl. Art. 36 Abs. 4 Satz 1 AVIG). Vorliegend strittig ist die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls, ob ein Verein wie der Beschwerdeführer überhaupt einen anrechenbaren Arbeitsausfall geltend machen kann.

4.2 Unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitsausfall anrechenbar ist, bestimmt sich nach Art. 32 und Art. 33 AVIG (vgl. AVIG-Praxis KAE, Januar 2021, B19 mit Verweis auf C1 ff. und D1 ff.). So ist ein Arbeitsausfall u.a. anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (vgl. Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen wie Reinigungs-, Reparatur- oder Unterhaltsarbeiten sowie andere übliche und wiederkehrende Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (vgl. Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG, AVIG-Praxis KAE, D1). Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (vgl. Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG; AVIG-Praxis, D7). Damit will das Gesetz vor allem re-

regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (vgl. BGE 121 V 374 Erw. 2a mit Hinweisen). Zwischen den Ausschlussgründen der Branchen-, Berufs- und Betriebsüblichkeit und demjenigen des normalen Betriebsrisikos (vgl. AVIG-Praxis KAE, D2 ff.) besteht ein enger Bezug, weshalb oftmals eine Differenzierung nicht möglich und auch nicht nötig ist (vgl. AVIG-Praxis KAE, D7 ff.).

4.3 Unter das normale Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG fallen "gewöhnliche" Arbeitsausfälle, die erfahrungsgemäss regelmässig und wiederholt auftreten, demzufolge vorhersehbar und in verschiedener Weise kalkulatorisch erfassbar sind. Was noch als "normal" gelten soll, darf nach der Rechtsprechung nicht nach einem für alle Unternehmensarten allgemeingültigen Massstab bemessen werden, sondern ist in jedem Einzelfall aufgrund der mit der spezifischen Betriebstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen (vgl. BGE 119 V 498 Erw. 1 mit Hinweisen).

Das SECO erachtet das unerwartete Auftreten des neuen Coronavirus und dessen Auswirkungen als nicht zum normalen Betriebsrisiko gehörend (vgl. <https://www.sso.ch/fileadmin/upload_sso/5_Newsletter/2020/WBF_Arbeitsausfaelle_Coronavirus_D.pdf>, besucht am 11.3.2021). Eine Pandemie kann aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG betrachtet werden, selbst wenn unter Umständen jeder Arbeitgeber davon betroffen sein kann. Demnach sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar. Der Arbeitgeber muss jedoch glaubhaft darlegen können, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen sind. Der einfache Hinweis auf die Pandemie genügt nicht als Begründung (vgl. Weisung 2021/01: Aktualisierung "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie", Gültigkeit vom 1.3.2020 bis zum 31.3.2021, Ziff. 2.2).

4.4 Die gesetzliche Regelung des Vereins findet sich in Art. 60 bis Art. 79 ZGB. Vereine, die sich einer politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen oder anderen nicht wirtschaftlichen Aufgabe widmen, erlangen Rechtspersönlichkeit, sobald der Wille, als Körperschaft zu bestehen, aus den Statuten ersichtlich ist (vgl. Art. 60 Abs. 1 ZGB). Oft fallen aber bei einem Verein die ideale Zweckverfolgung und die Führung eines Unternehmens zusammen. Eine solche Konstellation bedeutet nicht in jedem Fall eine unzulässige wirtschaftliche Zweckverfolgung. Der Verein kann nämlich zur idealen Zweckverfolgung ohne Weiteres ein kaufmännisches Unternehmen, z.B. zur Mittelbeschaf-

fung, betreiben. Es ist also immer zwischen Zweckverfolgung und Mittel zur Zweckverfolgung zu unterscheiden (vgl. Scherrer, Kommentar zu Art. 60 ZGB, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser, OFK ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., 2016, Rz. 8 zu Art. 60 ZGB; vgl. auch Art. 91 Handelsregisterverordnung [HRegV; SR 221.441] vom 17.10.2007). Entscheidend ist, dass der Verein nicht primär ökonomische, geldwerte Vorteile für seine Mitglieder anstrebt. Solange der ideelle Zweck im Vordergrund bleibt, darf der Verein sich nebenbei wirtschaftlich betätigen und sogar ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben. Diesfalls muss er sich aber gemäss Art. 61 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB ins Handelsregister eintragen lassen (vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., 2016, Rz. 18.01 ff. zu § 18). Eine Eintragungsverpflichtung besteht dann, wenn der Verein zur (nichtwirtschaftlichen) Zweckverfolgung ein kaufmännisches Unternehmen (Art. 934 OR; Art. 2 lit. b HRegV) betreibt (vgl. Scherrer, Kommentar zu Art. 61 ZGB, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 61 ZGB). Der Eintrag ist aber immer deklaratorisch, hat somit auf das Bestehen als Rechtspersönlichkeit keinen Einfluss (Hausheer/Aebi-Müller, a.a.O., Rz. 18.23 zu § 18). Der Eintrag hat vielmehr grundsätzlich die allgemeinen Registerwirkungen wie Publizitätswirkung, Konkursfähigkeit, Firmenschutz etc. (vgl. Riemer, Handkommentar Vereins- und Stiftungsrecht, 2012, Art. 61). Solange sich ein Verein pflichtwidrig nicht eintragen lässt, ist seine rechtliche Stellung grundsätzlich dieselbe, wie die eines zu Recht nicht eingetragenen Vereins (vgl. Urteil EVGer 4A.2/2005 vom 28.11.2005 Erw. 4.5).

5.1 Entgegen der Auffassung der Vorinstanz bedeutet der allfällige fehlende Eintrag ins Handelsregister nach dem Gesagten nicht, dass der Beschwerdeführer kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt und nicht betreiben kann. Auf das Bestehen des Vereins hat der Eintrag keinen Einfluss. Losgelöst der Frage, ob sich der Beschwerdeführer ins Handelsregister eintragen muss oder nicht (was vorliegend offengelassen werden kann), hat er so oder so die rechtliche Stellung eines Vereins, der zu Recht nicht eingetragene ist (vgl. voranstehend Erw. 4.4). Betreibt der Verein ein kaufmännisches Gewerbe, so hat er die hierfür geltenden Vorschriften auch ohne Registereintrag zu erfüllen. Ist er ein Arbeitgeber, so muss er die Arbeitgeberpflichten unabhängig davon erfüllen, ob er im Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Auf seinen Status als Arbeitgeber hat dies keinen Einfluss. Allein ein - ggfs. zu Unrecht - fehlender Handelsregistereintrag vermag daher die Verweigerung von Kurzarbeitsentschädigung nicht zu rechtfertigen.

5.2 Der Beschwerdeführer tritt unbestrittenermassen als registriertes Unternehmen (UID CHE-_____) und als Arbeitgeber von zwei Vollzeitangestellten auf. Da er zudem als Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind, gilt der Verein auch als privater Betrieb im Sinne von Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Arbeit, Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) vom 13. März 1964. Der Beschwerdeführer muss damit unbestrittenermassen seinen vielfältigen Verpflichtungen als Arbeitgeber nachkommen, worauf er in seinen Rechtsschriften zu Recht hinweist.

5.3 Auch seitens der Vorinstanz wird nicht bestritten, dass der Beschwerdeführer gegen Entgelt öffentlich Seminare und andere Anlässe und damit Dienstleistungen am Markt und nicht nur für Vereinsmitglieder anbietet. Unbestritten ist ebenso, dass der Beschwerdeführer zur Erfüllung dieser Arbeiten zwei Arbeitnehmende angestellt hat und er für diese Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes ist. In diesem Rahmen trägt der Beschwerdeführer entgegen der Auffassung der Vorinstanz durchaus auch ein Betriebsrisiko. Dieses kann zum einen allgemeinen Schwankungen unterworfen sein, was zum normalen Betriebsrisiko zählt. Der Beschwerdeführer kann aber einen Dienstleistungseinbruch auch aus wirtschaftlichen Gründen erfahren, was u.a. zu einem unvermeidbaren Arbeitsausfall führen kann. Dass die Covid-19-Pandemie resp. die behördlich beschlossenen Covid-19-Massnahmen derartige wirtschaftliche Gründe darstellen, ist auch unbestritten, resp. vom Seco anerkannt. Im Einzelfall hat ein Arbeitgeber glaubhaft darzulegen, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen sind (vgl. oben Erw. 4.3). Dies gelingt dem Beschwerdeführer insoweit, als er geltend macht, seine öffentlichen Seminare und Anlässe nicht mehr durchführen zu können. Einerseits fielen diese unter das allgemeine Verbot und andererseits konnten gerade auch internationale Veranstaltungen infolge der verschiedenen Quarantänevorschriften nicht durchgeführt werden. Vorliegendenfalls hat die Vorinstanz diese KAE-Voraussetzung jedoch schon gar nicht geprüft, weil sie zu Unrecht davon ausging, den Beschwerdeführer als im Handelsregister nicht eingetragener Verein treffe schon gar kein Betriebsrisiko.

5.4 Diese gerichtliche Erwägung entspricht so durchaus auch der vom SECO am 20. Januar 2021 erlassenen Weisung 2021/02 zur Anpassung der AVIG-Praxen. Die Bestimmungen dieser Weisung traten auf den 1. September 2020 in Kraft und gelten bis auf Widerruf. Gemäss dieser Weisung kann bezüglich nicht wirtschaftlich tätigen Organisationen nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass Arbeitnehmende u.a. von privaten Vereinen keinen Anspruch auf

Kurzarbeitsentschädigung haben. Der Status des Arbeitgebers (Verein, Stiftung, Genossenschaft, usw.) ist bei dieser Frage unerheblich. Vielmehr kommt es gemäss Seco auf das Beitragsstatut der Arbeitnehmerin/ des Arbeitnehmers an. Zu prüfen ist daher im Einzelfall, ob die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 31 AVIG erfüllt sind und ob ein Risiko besteht, dass die betroffenen Arbeitnehmenden ihren Arbeitsplatz verlieren. Wenn die Aufgaben in einem Unternehmen oder einem Betrieb unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahrgenommen werden müssen und finanzielle Engpässe, Mehraufwendungen oder Verluste aus öffentlichen Mitteln gedeckt sind, besteht in der Regel kein unmittelbares Entlassungsrisiko für die betroffenen Arbeitnehmenden. In diesen Fällen wäre der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung abzulehnen (vgl. Weisung 2021/02, D38 [Formulierung gültig ab 1.9.2020]).

In casu ist der Arbeitgeberstatus des Beschwerdeführers unbestritten. Zudem nimmt er seine betrieblichen Aufgaben nicht unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahr. Er finanziert sich u.a. durch Mitglieder- und Gönnerbeiträge sowie insbesondere den Einnahmen aus den Seminaren und öffentlichen Anlässen im In- und Ausland. In diesem Rahmen trägt er ein Betriebsrisiko, wovon die Arbeitsplätze der Angestellten unmittelbar betroffen resp. gefährdet sind.

6. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als begründet, weshalb sie im Sinne der Erwägungen gutzuheissen ist. Da die Vorinstanz jedoch den Anspruch auf KAE einzig mit der Begründung eines mangelnden Betriebsrisikos abgelehnt hat und die weiteren Voraussetzungen ungeprüft liess, ist in Gutheissung der Beschwerde der Einspracheentscheid Nr. 289/20 vom 23. November 2020 aufzuheben und die Sache zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigung vom 1. September 2020 bis 30. September 2020 und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei hat die Vorinstanz insbesondere etwa auch zu berücksichtigen, dass - wie sich aus den am 3. März 2021 eingereichten Belegen ergibt - ein Arbeitnehmer des Beschwerdeführers auch im Vereinsvorstand Einsitz hat, was einen KAE-Anspruch gestützt auf Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG unter Umständen ausschliesst (vgl. Urteil BGer 8C_102/2018 vom 21.3.2018 Erw. 6.1).

7. Es werden keine Kosten erhoben (vgl. Art. 61 lit. f^{bis} ATSG).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden der Einspracheentscheid Nr. 289/20 vom 23. November 2020 aufgehoben und die Sache zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen im Sinne der Erwägungen und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).

Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben werden und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113 ff. BGG).
4. Zustellung an:
 - den Beschwerdeführer (R)
 - die Vorinstanz (EB)
 - und das Sekretariat für Wirtschaft SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 19. April 2021

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Die a.o. Gerichtsschreiberin:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumanzsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 29. April 2021