

# Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



---

II 2023 84

## Entscheid vom 13. Dezember 2023

---

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident  
Dr.oec. Andreas Risi, Richter  
Dr.iur. Frank Lampert, Richter  
MLaw Joëlle Sigrist, Gerichtsschreiberin

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_

**gegen**

C. \_\_\_\_\_  
Vorinstanz,

---

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Anspruch auf Arbeitslosenent-  
schädigung; arbeitgeberähnliche Stellung)

## **Sachverhalt:**

**A.** A.\_\_\_\_\_ war Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung der D.\_\_\_\_\_ GmbH, und als solcher als Betriebsleiter angestellt (Vi-act. 26, 28, 30, 32). Das Anstellungsverhältnis wurde am 23. Dezember 2022 per Ende März 2023 gekündigt, da der Gastrobetrieb aufgegeben wurde (Vi-act. 27). Am 16. März 2023 wurde A.\_\_\_\_\_ zur Arbeitsvermittlung angemeldet (Vi-act. 32); am 20. März 2023 stellte er Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. April 2023 (Vi-act. 28).

**B.** Mit Schreiben vom 24. März 2023 forderte die C.\_\_\_\_\_ (Vorinstanz) A.\_\_\_\_\_ auf, fehlende Unterlagen einzureichen, so namentlich Bankauszüge, welche Lohnbezüge belegen sowie den Antrag der Löschung aus dem Handelsregister (Vi-act. 24). Nachdem A.\_\_\_\_\_ Unterlagen eingereicht hatte (Vi-act. 20), forderte die Vorinstanz am 18. April 2023 noch weitere Unterlagen, worauf die Treuhänderin diverse Unterlagen mit einem begründenden Begleitschreiben einreichte (Vi-act. 17, 19).

**C.** Mit Verfügung vom 10. Mai 2023 hat die Vorinstanz den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 1. April 2023 abgewiesen, weil er als Betriebsleiter in der Firma seiner Ehegattin gearbeitet habe und die Ehegattin gemäss Handelsregisterauszug noch immer Geschäftsführerin dieser Firma sei und damit eine arbeitgeberähnliche Stellung inne habe (Vi-act. 12). Per 31. Mai 2023 wurde A.\_\_\_\_\_ durch das RAV E.\_\_\_\_\_ von der Arbeitsvermittlung abgemeldet (Vi-act. 5). Am 1. Juni 2023 erhob A.\_\_\_\_\_ Einsprache (Vi-act. 9), welche die Vorinstanz mit Entscheid vom 6. September 2023 abwies, wobei sie den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht (wie in der Verfügung) wegen der arbeitgeberähnlichen Stellung der Ehefrau, sondern des Beschwerdeführers selbst ablehnte (Vi-act. 4).

**D.** Am 6. Oktober 2023 lässt A.\_\_\_\_\_ beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde erheben mit den Anträgen:

1. Der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 06.09.2023 sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin anzuweisen, dem Beschwerdeführer ab dem 01.04.2023 bis 31.05.2023 eine Arbeitslosenentschädigung zu entrichten.
2. Eventualiter sei der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 06.09.2023 aufzuheben und die Angelegenheit im Sinne der Erwägungen zur weiteren Abklärung und zu neuem Entscheid an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

**E.** Mit Vernehmlassung vom 25. Oktober 2023 beantragt die Vorinstanz:

1. Die Beschwerde sei abzuweisen.
2. Der Einspracheentscheid vom 6. September 2023 sei zu bestätigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beschwerdeführers.

Mit Replik vom 3. November 2023 nimmt der Beschwerdeführer Stellung zur vorinstanzlichen Vernehmlassung.

### **Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.1** Strittig und nachfolgend zu prüfen ist, ob die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zu Recht wegen seiner arbeitgeberähnlichen Stellung den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. April 2023 verweigert hat.

**1.2.1** Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0) vom 25. Juni 1982 haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung.

**1.2.2** Dieser Ausschluss vom Leistungsanspruch findet gemäss der Rechtsprechung analoge Anwendung auch auf Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung und ihre Ehegatten, die Arbeitslosenentschädigung verlangen (BGE 145 V 200 E. 4.1; VGE II 2021 12 vom 19.4.2021 E. 2.2.1).

**1.2.3** Hervorzuheben ist, dass die Frage, ob Arbeitnehmende einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten ist (BGE 122 V 270 E. 3; ARV 2004 S. 196, C 113/03 E. 3.2). Keine Prüfung des Einzelfalls ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt. Dies gilt insbesondere für die Gesellschafter einer GmbH (Art. 804 ff. OR) sowie die (mitarbeitenden) Verwaltungsräte einer AG, für welche das Gesetz in der Eigenschaft Gesellschafter resp. als Verwaltungsrat verschiedene, nicht übertrag- und entziehbare, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmende oder massgeblich beeinflussende Aufgaben vorschreibt (BGE 145 V 200 E. 4.2; Urteil BGer 8C\_668/2022 vom 29.6.2023 E. 3.2).

**1.2.4** Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG bezweckt, dem Risiko eines Missbrauchs zu begegnen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähn-

liche Personen und deren Ehegatten inhärent ist. Es soll insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Wer demnach am Entscheid über das Eintreten des Versicherungsfalles (der Kurzarbeit oder Arbeitslosenentschädigung oder Insolvenzentschädigung) selber massgeblich beteiligt ist, soll aufgrund ebendieses Versicherungsfalles keine Leistungen beanspruchen können (vgl. zum Ganzen: Urteil SVG Kt. ZH AL.2015.00083 vom 14.12.2015 Erw. 1.2.1 m.H.a. BGE 123 V 234). Ein tatsächlich rechtsmissbräuchliches Verhalten muss der versicherten Person nicht nachgewiesen sein, sondern das Vorhandensein des abstrakten Missbrauchsrisikos genügt. Dieses Risiko ist nach der Rechtsprechung erst dann nicht mehr vorhanden, wenn der Betrieb geschlossen wird und das Ausscheiden des Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung mithin definitiv ist, oder wenn das Unternehmen zwar weiterbesteht, die arbeitgeberähnliche Person jedoch mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliert, deretwegen sie aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch ausgeschlossen wäre.

**2.1** Im angefochtenen Einspracheentscheid führt die Vorinstanz aus, es sei unbestritten, dass der Beschwerdeführer seit dem 1. Juli 2006 als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung des Restaurants D. \_\_\_\_\_ GmbH mit Einzelunterschrift mit 10 Stammanteilen im Handelsregister eingetragen sei. Auch der Handelsregisterauszug vom 24. Mai 2023 bestätige diesen Status noch immer. Dasselbe habe die Kasse mit Verfügung vom 10. Mai 2023 festgestellt und den Anspruch abgelehnt, weil er seinen Status als Geschäftsführer der Gesellschaft beibehalten habe und im Handelsregister noch immer nicht gelöscht sei (allerdings nahm die Kasse in der Verfügung keinen Bezug auf seinen Status, sondern jenen der Ehefrau, vgl. Vi-act. 12). Im Zeitpunkt der Einsprache sei festzustellen, dass er seine Position als Direktor [sic] des Restaurants beibehalte und die definitive Eintragung [recte wohl Löschung] beim Handelsregister noch immer nicht vorgenommen worden sei. Er hätte aus Sicht der Vorinstanz alles daransetzen müssen, seine arbeitgeberähnliche Stellung durch Löschung aus dem Handelsregister und Verkauf der finanziellen Beteiligung möglichst rasch zu beenden. Die Tatsache, dass er diesbezüglich bis zum Einspracheentscheid nichts unternommen habe, lasse die Vorinstanz vermuten, dass der Beschwerdeführer nach wie vor die Absicht habe, seine Geschäftstätigkeit über die D. \_\_\_\_\_ GmbH fortzusetzen oder wiederaufzunehmen, weshalb ein Missbrauchsrisiko weiterhin bestehe und nicht ausgeschlossen werden könne. Als Gesellschafter und Geschäftsführer [sic] mit Einzelunterschrift könne er weiterhin die Entscheidungsfindung im Unternehmen bestimmen oder massgeblich beeinflus-

sen. Hieran ändere nichts, dass er seit dem 1. Juni 2023 als Angestellter arbeite, könne die Unternehmung doch jederzeit reaktiviert werden.

**2.2** Vor Verwaltungsgericht trägt der Beschwerdeführer vor, er habe das Restaurant D. \_\_\_\_\_ zusammen mit seiner Ehefrau seit 30 Jahren geführt, er als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung. Nach der Pandemie und aufgrund des Fachkräftemangels habe sich abgezeichnet, dass eine gewinnbringende Betriebsführung nicht mehr möglich sei. So habe man entschieden, den Betrieb per 31. März 2023 definitiv einzustellen und die Gesellschaft zu liquidieren. Entsprechend seien sämtliche Verträge per 31. März 2023 terminiert und die Geschäftsaufgabe gegenüber F. \_\_\_\_\_ und der Öffentlichkeit kommuniziert worden. Seit dem 1. Juni 2023 verfüge er wieder über eine Festanstellung.

Er habe bei der Anmeldung für Arbeitslosenentschädigung die Betriebsbeteiligung deklariert. Mit Zustellung weiterer Unterlagen habe man am 11. April 2023 informiert, eine Kopie der Löschung aus dem Handelsregister sei nicht möglich, da die Firma erst am 31. März 2023 geschlossen worden sei und eine Löschung gemäss Steuerberaterin ca. 1 Jahr dauere. Am 18. April 2023 habe die Vorinstanz eine Kopie des Antrages auf Löschung verlangt. In der Stellungnahme vom 27. April 2023 habe man der Vorinstanz erklärt, der Betrieb sei Ende März 2023 eingestellt worden; bei einer GmbH müsse zuerst eine a.o. GV die Liquidation beschliessen und dies öffentlich beurkunden und dann dauere die Liquidationsphase rund ein Jahr. Erst dann könne der Löschantrag gestellt werden, weshalb man keine Kopie einreichen könne.

Nun werde die Leistungsverweigerung - anders als noch in der Verfügung - damit begründet, dass er gemäss Handelsregisterauszug seine arbeitgeberähnliche Stellung nicht endgültig aufgegeben habe; erst mit der Löschung des Eintrages werde verlässlich kundgetan, dass die Person definitiv aus der Firma ausgetreten sei bzw. die arbeitgeberähnliche Stellung aufgegeben habe. Allerdings sei vorliegend von den tatsächlichen Gegebenheiten auszugehen, die dem blossen Registereintrag widersprechen würden. Es bestehe gar kein Betrieb mehr und er könne für diesen nicht mehr arbeiten. Diese effektiven Umstände beachte die Vorinstanz zu Unrecht nicht und begründe, der Beschwerdeführer könnte die Gesellschaft jederzeit reaktivieren. Dies sei indes unmöglich, da sie über gar keine Räumlichkeiten verfüge; sie habe diese nachweislich per 31. März 2023 aufgegeben. Eine Reaktivierung sei nicht realistisch. Zudem übersehe die Vorinstanz, dass die Firma bloss zwecks Liquidation noch bestehe und der Beschwerdeführer per 1. Juni 2023 eine Vollzeitstelle angetreten habe.

Weiter sieht der Beschwerdeführer im Vorgehen der Vorinstanz eine Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht nach Art. 27 Bundesgesetz über den All-

gemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; 830.1) vom 6. Oktober 2000, zu deren Kern es rechtsprechungsgemäss gehöre, die versicherte Person aufmerksam zu machen, dass ihr Verhalten eine der Voraussetzungen des Leistungsanspruchs gefährden könne. Die Vorinstanz sei sich bei Anmeldung des Beschwerdeführers bewusst gewesen, dass er und seine Ehegattin in arbeitgeberähnlicher Stellung seien und folglich die endgültige Aufgabe dieser Stellung als Leistungsvoraussetzung zu prüfen sei. So wäre es angezeigt gewesen, dass die Vorinstanz mit Schreiben vom 24. März 2023 einerseits auf diesen leistungsgefährdenden Aspekt aufmerksam gemacht hätte, und dass sie den Beschwerdeführer andererseits hingewiesen hätte, dass er den Nachweis des definitiven Ausscheidens aus dem Betrieb resp. der endgültigen Aufgabe zu erbringen habe, andernfalls kein Anspruch bestehe. Stattdessen habe sie die zum Leistungsausschluss führende arbeitgeberähnliche Stellung einzig mit der Voraussetzung des Lohnflussnachweises verbunden und beiläufig eine Kopie der Löschung aus dem Handelsregister verlangt ohne zu erläutern, worauf sich die Löschung beziehe und warum er gut daran tue, dies möglichst rasch einzureichen. Damit habe die Vorinstanz nicht nur nicht richtig aufgeklärt, sondern für ein Missverständnis gesorgt, indem der Beschwerdeführer erklärt habe, er könne die Löschung der Firma nicht mit einer Kopie belegen, da es bis zur Löschung rund ein Jahr dauere. Er habe aufgrund der Aufforderung angenommen, er müsse die Löschung aus dem Handelsregister nachweisen; er habe damit nicht erkennen können, dass es darum gegangen wäre, den Nachweis der definitiven Aufgabe seiner arbeitgeberähnlichen Stellung zu erbringen. Spätestens jetzt hätte die Vorinstanz ihre Aufklärungspflicht erkennen und wahrnehmen müssen, da offensichtlich gewesen sei, dass der Beschwerdeführer Gefahr laufe, den Anspruch zu verlieren. Die Vorinstanz hätte ihn aufklären müssen, wie der Nachweis der endgültigen Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung zu erbringen sei. Stattdessen habe sie fehlende Lohnunterlagen moniert und die Zusendung einer Kopie des Antrags zur Löschung aus dem Handelsregister verlangt. Dass der Beschwerdeführer nicht erkennen konnte, inwiefern seine Gesellschafterstellung der GmbH dem Leistungsanspruch abträglich sei, zeige unmissverständlich die ausführliche Antwort der Steuerberaterin, welche den langandauernden Liquidationsprozess geschildert habe. Anstatt dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer allerspätestens jetzt aufgeklärt hätte, habe sie die Leistungsverweigerung verfügt, wobei auch diese Verfügung noch keine Aufklärung über die strikte analoge Handhabung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG enthalten habe und die Ablehnung gar mit der arbeitgeberähnlichen Stellung der Ehefrau begründet habe. Die Vorinstanz habe erstmals im Einspracheentscheid diese Norm und die Handlungsoptionen zur Vermeidung der Leistungsverweigerung erklärt. So habe sie dem Beschwerde-

führer gar vorgeworfen, nichts unternommen zu haben, um seine arbeitgeberähnliche Stellung zu beenden. Erst mit dieser Einspracheentscheid sei es klar geworden, dass sich die Kopie des Antrags zur Löschung aus dem Handelsregister auf ihn als Person bezogen habe, was nachzuweisen gewesen wäre und wie er hätte vorgehen können. Mit diesem Vorgehen aber sei die Vorinstanz ihrer Aufklärungspflicht nicht nachgekommen.

**2.3** Vernehmlassend hält die Vorinstanz fest, dem Beschwerdeführer insoweit folgen zu können, als in den Schreiben vom 24. März und 18. April 2023 bezüglich Nachweis über die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung effektiv nur auf die Kopie des Antrages zur Löschung aus dem Handelsregister aufmerksam gemacht und keine weiteren Angaben verlangt worden seien, welche die Beendigung belegen würden. Auch sei sie irrtümlich davon ausgegangen, der Beschwerdeführer sei Betriebsleiter der Firma der Ehefrau gewesen; sie habe übersehen, dass er selber Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung gewesen sei. Im Einspracheentscheid sei dann aber festgehalten worden, dass er selber eine arbeitgeberähnliche Stellung innehabe. In der Verfügung vom 10. Mai 2023 sei er aufmerksam gemacht worden, welche Tatbestände zur endgültigen Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung führen könnten. Spätestens mit Erhalt der Verfügung hätte er daher erkennen können, dass die Firma aufgelöst oder verkauft werden müsste. Er hätte nach Erhalt bei der Kasse nachfragen können, was es für die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung des Ehepartners genau benötige; dies habe der Beschwerdeführer unterlassen.

Mit der Einsprache habe der Beschwerdeführer das Ende des Mietverhältnisses per 31. März 2023 belegt; diese Beendigung alleine bestätige noch nicht die endgültige Aufgabe einer arbeitgeberähnlichen Stellung.

Am 27. April 2023 habe die Treuhandfirma mitgeteilt, wie das Liquidationsverfahren ablaufe. Somit hätte diese bzw. der Beschwerdeführer wissen müssen, welche weiteren Schritte zur Auflösung der GmbH hätten eingeleitet werden müssen. Anhand der Akten sei erstellt, dass bis dato kein Protokoll der Gesellschafterversammlung vorliege, wonach die GmbH aufzulösen sei, wer Liquidator sei, wem die Funktion, die Zeichnungsberechtigung und das Stammkapital übertragen werde. Gemäss HR-Eintrag vom 24. Oktober 2023 bestehe der nach wie vor gleiche Eintrag. Der Vorinstanz lägen keine Unterlagen vor, welche beweisen würden, dass die notwendigen Schritte zur Liquidation eingeleitet seien. Damit aber bestehe nach wie vor das Missbrauchsrisiko, dass sich der Beschwerdeführer wieder über die GmbH anstellen könne und eine Reaktivierung der Geschäftstätigkeit sei nicht auszuschliessen. Aufgrund seiner sich aus dem Handelsregister ergebenden Stellung habe der Beschwerdeführer nach wie vor einen mass-

gebenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebes. Die Akten liessen nicht erkennen, dass er seine arbeitgeberähnliche Stellung definitiv aufgegeben habe. Die GmbH befinde sich noch nicht in der Liquidationsphase.

**2.4** Replizierend betont der Beschwerdeführer, die Vorinstanz anerkenne, dass sie zu spät und unzureichend über die Bedeutung und Nachweismöglichkeiten der endgültigen Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung informiert habe. Mit dem Hinweis, der Beschwerdeführer hätte sich nach Erhalt der Verfügung erkundigen können, bestätige sie zum einen, dass die Hinweise in der Verfügung noch immer ungenügend gewesen seien und zum andern übersehe sie, dass Art. 27 ATSG keine Erkundigungspflicht des Beschwerdeführers, sondern eine Aufklärungspflicht der Vorinstanz statuiere und dass die noch immer ungenügenden Angaben in der Verfügung vom 10. Mai 2023 in Anbetracht des Beginns der Rahmenfrist am 1. April 2023 viel zu spät erfolgt seien.

Es sei unstrittig, dass im Einspracheentscheid vom 6. September 2023 erstmals hinreichend aufgeklärt worden sei. Ebenso offenkundig sei es dem Beschwerdeführer dannzumal nicht mehr möglich gewesen, die dem Leistungsanspruch entgegenstehende Missbrauchsgefahr rückwirkend per 1. April 2023 zu beseitigen. Dies übersehe die Vorinstanz mit dem Vorwurf, dass bis dato die arbeitgeberähnliche Stellung bzw. die Missbrauchsgefahr noch bestehe. Es sei dem Beschwerdeführer nie eine Frist angesetzt worden mit Zusicherung, dass die Leistungen rückwirkend erbracht würden. Dies aber wäre angezeigt gewesen, nachdem die Vorinstanz ungenügend aufgeklärt habe. Zudem sei die definitive Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung mit organisatorischem Aufwand und Kosten verbunden, welche man nur auf sich nehme, wenn sich diese nicht von vornherein als unnütz erweisen würden. Ohne Zusicherung, dass die aufwandgenerierenden Bemühungen bei der Anspruchsprüfung retrospektiv berücksichtigt würden, sei es dem Beschwerdeführer unzumutbar, die notwendigen Dispositionen nachträglich zu tätigen. Er werde es aber tun, wenn Gewissheit bestehe, dass sich die nicht mehr rückgängig zu machenden Dispositionen in Bezug auf die Leistungserbringung nicht als nutzlos erwiesen.

**3.1** Es ist zwischen den Parteien unbestritten, dass in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht. Unbestritten ist ebenso, dass der Beschwerdeführer als Gesellschafter der D. \_\_\_\_\_ GmbH, deren Vorsitzender der Geschäftsführung und Angestellter er war, eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte. Zudem ist er der Ehemann von G. \_\_\_\_\_, welche ebenfalls Gesellschafterin und auch Geschäftsführerin dieser Gesellschaft war bzw. ist. Sachverhaltsmässig steht ebenso fest, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt

der Anmeldung für Arbeitslosenentschädigung (20.3.2023), bei Stempelbeginn (1.4.2023), im Verfügungszeitpunkt (10.5.2023) wie auch im Zeitpunkt des Einspracheentscheides (6.9.2023), der Beschwerdeeinreichung (6.10.2023) und auch aktuell noch (30.11.2023; [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)) als Gesellschafter mit 50% Stammanteilen und Vorsitzender der Geschäftsführung mit Einzelzeichnungsbefugnis im Handelsregister eingetragen ist und die Firma nicht in Liquidation steht.

Rechtsprechungsgemäss ergibt sich die arbeitgeberähnliche Stellung bei Gesellschaftern einer GmbH auch ohne Einzelfallprüfung bereits aufgrund der ihnen von Gesetzes wegen zukommenden Funktion (vgl. oben E. 1.2.3). Letztlich wird auch dies seitens des Beschwerdeführers nicht bestritten.

**3.2** Gemäss Beschwerdeführer hat die Vorinstanz ihm den Leistungsanspruch dennoch unrechtmässig verweigert, weil zum einen er aufgrund der tatsächlichen Umstände zu belegen vermöge, dass trotz des formell bestehenden Handelsregistereintrages effektiv keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr bestehe und dass zweitens die Vorinstanz ihre Aufklärungs- und Beratungspflicht nach Art. 27 ATSG verletzt habe, weshalb er, der Beschwerdeführer, so zu stellen sei, wie wenn die Vorinstanz die Pflichtverletzung nicht begangen hätte.

Demgegenüber besteht nach Überzeugung der Vorinstanz die Missbrauchsgefahr weiterhin, was einen Leistungsanspruch ausschliesse. Sodann bestreitet die Vorinstanz nicht, dass sie den Beschwerdeführer in den anfänglichen Schreiben nicht aufmerksam gemacht habe, welche Angaben gefordert wären, um die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung zu belegen. Aus der Verfügung vom 10. Mai 2023 hätte er jedoch erkennen müssen, dass die Löschung seiner Stellung aus dem Handelsregister gefordert gewesen wäre, was er aber dennoch bis dato nicht gemacht habe.

**4.1** Damit eine versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, muss ihr Ausscheiden aus der Firma bzw. die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung definitiv sein. Dieses Ausscheiden muss anhand eindeutiger Kriterien beurteilt werden können, welche keinen Zweifel am definitiven Austritt aus der Firma übrig lassen (Urteil BGer C 76/04 vom 20.4.2005 E. 3).

Zur endgültigen Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung führen etwa die Auflösung des Betriebes, der Konkurs, der Verkauf des Betriebs oder der finanziellen Beteiligung mit Wegfall der arbeitgeberähnlichen Stellung oder die Kündigung mit gleichzeitigem Verlust der arbeitgeberähnlichen Stellung. Eine Kündigung für sich alleine bedeutet hingegen noch nicht zwingend, dass auch die arbeitgeberähnliche Stellung beendet ist, da die Person selbst (oder auch der Ehepartner) nach wie vor Gesellschafter sein und damit erheblichen Einfluss nehmen

kann. Als wichtiges Kriterium wird rechtsprechungsgemäss der Handelsregister-  
eintrag berücksichtigt, indem mit der Löschung des Eintrags der arbeitgeberähn-  
lichen Person in verlässlicher Weise kund getan wird, dass diese Person definitiv  
ausgetreten ist und die arbeitgeberähnliche Stellung endgültig aufgegeben hat.  
Allerdings kann im Einzelfall diese Stellung trotz Löschung noch gegeben sein  
(vgl. Urteil BGer 8C\_668/2022 vom 29.6.2023 E. 6) und umgekehrt ist mit Blick  
auf die Beendigung der Organstellung nicht auf den Zeitpunkt der Löschung im  
Handelsregister abzustellen; entscheidend ist vielmehr der tatsächliche, seiner-  
seits unmittelbar wirksame Rücktritt, zumal sich die Löschung des Eintrags, aus  
welchen Gründen auch immer, verzögern kann (Urteil BGer 8C\_102/2018 vom  
21.3.2018 E. 6.3). Widersprechen die tatsächlichen Gegebenheiten eindeutig  
und nachweislich dem Handelsregistereintrag, ist von den effektiven Umständen  
auszugehen (AVIG-Praxis ALE B28). Entscheidend ist, dass keine Missbrauchs-  
gefahr mehr besteht. Rechtsprechungsgemäss genügt ein Missbrauchsrisiko, um  
den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen  
auszuschliessen (Urteil BGer 8C\_242/2022 vom 4.8.2022 E. 5.5).

#### **4.2 Sachverhaltsmässig steht fest und ist unbestritten,**

- dass der Beschwerdeführer und seine Ehegattin, d.h. die zwei Gesellschafter  
der GmbH, im Jahr 2022 die Aufgabe ihres Gastrobetriebes (den sie seit 1992  
führten) beschlossen haben;
- dass der Beschwerdeführer und seine Ehegattin mit Vereinbarung vom 25.  
November 2022 das Mietverhältnis betreffend das Gastrolokal frühzeitig und  
einvernehmlich per 31. März 2023 aufgelöst haben (Vi-act. 6 S. 29);
- dass die GmbH am 12. Dezember 2023 die F.\_\_\_\_\_ (als zuständige AHV-  
Ausgleichskasse; Pensionskasse) über die Geschäftsaufgabe per 31. März  
2023 unterrichtet hat (Vi-act. 6 S. 32);
- dass die GmbH dem Beschwerdeführer am 23. Dezember 2022 wegen Be-  
triebsaufgabe per 31. März 2023 gekündigt hat (Vi-act. 28) und dass gleichen-  
tags auch seiner Ehegattin gekündigt wurde (Verfahren III 2023 83, Vi-act.  
28);
- dass die Betriebsschliessung per Ende März 2023 öffentlich bekannt gemacht  
wurde (Vi-act. 6 S. 33; H.\_\_\_\_\_, Beitrag vom 24.3.2023, eingesehen am  
30.11.2023);
- dass das Restaurant D.\_\_\_\_\_ seit dem 1. April 2023 dauerhaft geschlos-  
sen ist (vgl. I.\_\_\_\_\_; eingesehen am 30.11.2023) und

- dass der Beschwerdeführer am 4. Mai 2023 einen unbefristeten Anstellungsvertrag per 1. Juni 2023 im Vollzeitpensum als Chef de Service mit einem (fremden) Gastrobetrieb unterzeichnete (Vi-act. 6, 10 und 11) und dass auch seine Ehegattin per 1. Juni 2023 eine neue Anstellung angetreten hat (Verfahren III 2023 83, Vi-act. 11 und 12), so dass beide per 31. Mai 2023 von der Arbeitsvermittlung abgemeldet werden konnten.

Und schliesslich steht - wie zuvor dargelegt - fest, dass der Beschwerdeführer gemäss Handelsregisterauszug nach wie vor Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung der GmbH ist.

**4.3** Bei diesem Sachverhalt bestehen offenkundig gewichtige Indizien, dass der Beschwerdeführer (und seine Ehegattin) den Betrieb effektiv definitiv aufgegeben haben, nachdem sie den Beschluss fassten, die D. \_\_\_\_\_ (nach 30 Jahren) zu schliessen, und dann in der Folge das Personal kündigten, die Miete der Lokalität beendeten, die Geschäftsaufgabe gegenüber dem Sozialversicherer deklarierten, sich stellensuchend meldeten, je neue Stellen fanden und diese auch antraten. Sie trennten sich damit nicht nur personalmässig, vertraglich und infrastrukturmässig vom Betrieb, sondern auch persönlich, indem sie je bei einer Drittfirma neue Anstellungen annahmen, welche mit der GmbH in keinem Verhältnis stehen. Für die definitive Betriebsaufgabe sprechen ebenso die kommunizierten Gründe der Betriebsauflösung, indem die das Restaurant seit 30 Jahren führenden Eheleute 'genug' hatten, sie nicht mehr an eine wirtschaftliche Betriebsführung glaubten, und beide wohl in der Gastronomie, aber in einem Anstellungsverhältnis (bei Drittbetrieben) arbeiten wollten.

Unbestrittenermassen bestand die GmbH im Zeitpunkt des Stempelbeginns und auch heute noch und die Eheleute waren (und sind) beide nach wie vor als Gesellschafter eingetragen. Hinter dieser nach wie vor bestehenden Firma steht aber keinerlei Betrieb. Es fehlen die Voraussetzungen, um den Zweck (Führung eines Gastrobetriebes) zu erfüllen, um einen Betrieb bewirtschaften zu können. Ohne solche Möglichkeit erscheint eine arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers (und seiner Ehegattin) aber trotz Handelsregistereintrag zumindest als fraglich. Dass sie aufgrund ihrer Stellung in der GmbH theoretisch nach wie vor massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, ändert hieran nichts. Denn für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in dieser eigenen Firma sind die Voraussetzungen nicht vorhanden; es handelt sich bloss noch um eine Art 'Mantelfirma'.

In Würdigung dieser gesamten Umstände ist dem Beschwerdeführer beizupflichten, dass die tatsächlichen Gegebenheiten trotz noch vorhandenem Handelsregistereintrag gegen eine arbeitgeberähnliche Stellung sprechen, welche es ihm

ermöglichen würde, aufgrund seiner Stellung als Gesellschafter mit Einzelunterschrift namhaften Einfluss auf seine Erwerbsmöglichkeiten zu nehmen. Und gleichwohl ist auch der Vorinstanz beizupflichten, wenn diese festhält, ein gewisses Restrisiko der Wiederbelebung der Firma bleibe, weshalb die Missbrauchsfahr nicht vollends ausgeschlossen werden könne. Wie es sich damit letztlich verhält, kann indes offen bleiben, da die Beschwerde aus anderem Grunde gutzuheissen ist.

**5.1** Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz auch eine Verletzung ihrer Aufklärungs- und Beratungspflicht nach Art. 27 ATSG vor. Die Vorinstanz habe erkennen können, dass der Beschwerdeführer Gefahr laufe, des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung verlustig zu gehen und habe sie dennoch nicht korrekt aufgeklärt (vgl. oben E. 2.2, 2.4).

**5.2.1** Gemäss Art. 27 ATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten, wobei Art. 27 Abs. 1 ATSG eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht der Versicherungsträger und Durchführungsorgane stipuliert, die nicht erst auf persönliches Verlangen der interessierten Personen zu erfolgen hat (BGE 131 V 372 E. 4.1).

Im Bereich Arbeitslosenversicherung haben die in Art. 76 Abs. 1 lit. a-d AVIG genannten Durchführungsstellen die Versicherten über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Art. 19a Abs. 1 Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; 837.02] vom 31.08.1983), die Kassen klären namentlich über jene Rechte und Pflichten auf, die sich aus ihrem Aufgabenbereich ergeben (Art. 19a Abs. 2 AVIV), wozu insbesondere die Klärung der Anspruchsberechtigung gehört (Art. 81 Abs. 1 lit. a AVIG).

**5.2.2** Art. 27 Abs. 2 ATSG beschlägt ein individuelles Recht auf Beratung durch den zuständigen Versicherungsträger. Jede versicherte Person kann vom Versicherungsträger im konkreten Einzelfall eine unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten verlangen (BGE 131 V 472 E. 4.1). Sinn und Zweck der Beratungspflicht ist, die betreffende Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des jeweiligen Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt (BGE 131 V 472 E. 4.3; Urteile BGer 8C\_220/2021 vom 12.5.2021 E. 3.1.2; 8C 475/2009 vom 22.2.2010 E. 2.1, in: SVR 2010 UV Nr. 28 S. 113, Pärli/Mohler, BSK-ATSG, 2020, Art. 27 N. 24).

**5.2.3** Die allgemeine und permanente Aufklärungs- und Beratungspflicht hat indes nicht erst auf persönliches Verlangen der versicherten Person zu erfolgen. Rechtsprechungsgemäss entsteht eine Beratungspflicht, wenn der Versicherungsträger selbst einen entsprechenden Bedarf feststellt (BGE 143 V 341 E. 5.2.1). Gemäss Bundesgericht besteht somit eine Beratungspflicht aus Art. 27 Abs. 2 ATSG, wenn (1) die interessierte Person darum ersucht sowie (2) wenn der Versicherungsträger einen Beratungsbedarf erkennt oder (3) bei zumutbarer Aufmerksamkeit erkennen könnte (BGE 148 V 427 E. 4.4.2; Urteil BGer 9C\_146/2023 vom 10.5.2023 E. 4.3).

**5.2.4** Eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht kommt gemäss konstanter Rechtsprechung einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich. Dieser hat in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen, sofern sämtliche Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutzes erfüllt sind (BGE 143 V 341 E. 5.2.1; Urteil BGer 8C\_220/2021 vom 12.5.2021 E. 3.1.3).

**5.3.1** Am 20. März 2023 stellte der Beschwerdeführer Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 1. April 2023. Der Arbeitgeber habe wegen Auflösung der Firma D.\_\_\_\_\_ per 31. März 2023 gekündigt. Zudem deklarierte er, dass er selbst oder die Ehegattin am Betrieb des letzten Arbeitgebers beteiligt sei oder er oder die Ehegattin einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium (z.B. Gesellschafter, Geschäftsführer einer GmbH) angehöre (Vi-act. 28).

Dem Antrag legte der Beschwerdeführer die Arbeitgeberbescheinigung bei (Vi-act. 26). Dergemäss war der Beschwerdeführer Betriebsleiter. Als Kündigungsgrund wurde Betriebsschliessung genannt. Wiederum wurde deklariert, dass der Beschwerdeführer oder die Ehegattin am Betrieb beteiligt oder in leitender Funktion sei. Der Bescheinigung lagen die Lohnabrechnungen der letzten 12 Monate bei (Vi-act. 25).

**5.3.2** Am 24. März 2023 bestätigte die Vorinstanz die Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung. Der Beschwerdeführer wurde aufgefordert, Bankunterlagen über die zwei Vorjahre einzureichen, welche die Lohnüberweisungen bescheinigen; zusätzlich den Antrag der Löschung aus dem Handelsregister. Weiter schrieb die Vorinstanz (Vi-act. 24):

Gemäss Weisung des Staatssekretariates für Wirtschaft (seco) müssen wir bei Personen, die vor ihrer Arbeitslosigkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatten, genau prüfen, ob diese tatsächlich einen Lohn im Sinne des Gesetzes bezogen haben. Das Gleiche gilt für Personen, die für eine Firma gearbeitet haben, in welcher der Ehegatte bzw. die Ehegattin eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte oder hat. Bei Barauszahlung des Lohnes müssen zusätzlich noch folgende

Unterlagen zugestellt werden: IK Auszug, die Steuerveranlagungen der letzten 2 Jahre und die Buchhaltungsunterlagen.

Der individuelle Kontoauszug der AHV und Lohnabrechnungen genügen für sich alleine nicht, um Lohnauszahlungen zu belegen.

**5.3.3** Mit undatiertem Schreiben (Eingang Vorinstanz 11.4.2023) reichte der Beschwerdeführer Kopien des Bankkontos der Lohnüberweisungen der Jahren 2021 / 2022 ein. Zudem führte er aus (Vi-act. 20):

Die Löschung des Handelsregisters ist noch nicht vorhanden, da die Firma erst am 31. März 2023 geschlossen wurde (ab 1. April wurde die Firma untätig). Laut unserer Steuerberaterin (...) braucht man ca. 1 Jahr bis die Firma gelöscht ist. Somit können wir ihnen noch keinen Auszug davon geben.

**5.3.4** Am 18. April 2023 monierte die Vorinstanz noch fehlende Unterlagen. Sie setzte dem Beschwerdeführer Frist an, um weitere Kopien von Kontoauszügen sowie Buchhaltungsunterlagen einzureichen, welche den Lohnfluss sowie Kranken- und Kurzarbeitszahlungen nachweisen würden. Zudem wurde erneut die Kopie des Antrags zur Löschung aus dem Handelsregister gefordert. Erläuterungen enthielt das Schreiben keine (Vi-act. 19).

**5.3.5** Am 27. April 2023 reichte die Steuerberaterin Buchhaltungsunterlagen und Lohnabrechnungen je mit Erläuterungen ein. Bezüglich Antrag zur Löschung aus dem Handelsregister führte sie aus (Vi-act. 17):

Der Betrieb des Restaurants wurde Ende März 2023 eingestellt. Da es sich hier um eine GmbH handelt, muss nun zuerst die ausserordentliche Gesellschafterversammlung die Liquidation beschliessen, was gleichzeitig öffentlich beurkundet werden muss. Anschliessend folgt die Liquidationsphase, welche ein Jahr dauert. Erst dann kann der Antrag zur Löschung aus dem Handelsregister gestellt werden. Es ist uns also zurzeit nicht möglich eine Kopie davon zuzustellen.

**5.3.6** Mit Verfügung vom 10. Mai 2023 wies die Vorinstanz den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 1. April 2023 ab (Vi-act. 12). Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung, welche ihre Anstellung verlieren, aber weiterhin die Entscheidungsfindung im Betrieb bestimmen oder massgeblich beeinflussen könnten, hätten keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Dies gelte ebenso, wenn der Ehegatte in arbeitgeberähnlicher Stellung sei. Der Leistungsausschluss sei absolut zu verstehen; ein Rechtsmissbrauch müsse nicht nachgewiesen werden; ein Missbrauchsrisiko genüge. Damit diese Person einen Leistungsanspruch habe, müsse ihr Ausscheiden aus der Firma definitiv sein, was anhand eindeutiger Kriterien, die keine Zweifel am definitiven Austritt übrigliessen, zu beurteilen sei. Mit der Kündigung sei noch nichts über die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung entschieden. Zudem listete die Verfügung Sachverhalte auf, welche zur endgültigen Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung führen.

Die Vorinstanz führte sodann aus, der Eintrag im Handelsregister werde als wichtiges und einfach zu handhabendes Kriterium berücksichtigt, um eine arbeitgeberähnliche Stellung zu beurteilen. Und weiter: "Vorliegend ist aus dem Handelsregisterauszug zu entnehmen, dass Ihre Ehegattin nach wie vor als Gesellschafterin eingetragen ist. Aus diesem Grund hat weiterhin Ihre Ehegattin eine arbeitgeberähnliche Stellung in der Firma [...]." Neben Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung seien auch ihre im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten in der Regel nicht anspruchsberechtigt. Aus diesem Grunde werde sein Antrag abgewiesen.

**5.4.1** Damit aber steht fest, dass die Vorinstanz aufgrund der Anmeldung des Beschwerdeführers und ebenso aufgrund der Arbeitgeberbescheinigung erkennen konnte, dass er und seine Ehegattin eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatten. Ganz offenkundig hat die Vorinstanz dies denn auch effektiv realisiert, erklärte sie doch im Schreiben vom 24. März 2023, bei Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung müsse sie gemäss Seco-Weisung genau prüfen. Mithin nahm die Vorinstanz ihre gesetzliche Aufgabe der Klärung der Anspruchsberechtigung wahr (Art. 81 Abs. 1 lit. a AVIG). Im Rahmen dieser Aufgabenerfüllung bestand für sie ebenso eine Aufklärungs- und Beratungspflicht (Art. 19a Abs. 2 AVIV).

**5.4.2** Tatsache ist nun aber, dass die Vorinstanz im Schreiben vom 24. März 2023 ausschliesslich Ausführungen bezüglich Lohnzahlung, Lohnfluss machte. Genau zu prüfen sei durch sie, ob die Person in arbeitgeberähnlicher Stellung tatsächlich einen Lohn im Sinne des Gesetzes bezogen habe, weshalb entsprechende Unterlagen eingefordert würden. Das Schreiben selbst war denn auch mit dem Betreff "Fehlende Unterlagen - Lohnfluss" übertitelt (vgl. Vi-act. 25). Demgegenüber blieb die Aufforderung, den Antrag der Löschung aus dem Handelsregister einzureichen, ohne jegliche Kommentierung. Weder wurde präzisiert, was es zu löschen gilt bzw. welche Löschung gemeint ist, noch wurde erläutert, welche Bedeutung diesem Beleg zukommen sollte. Ebensowenig wurde erklärt, dass es nicht nur auf seine Stellung, sondern ebenso diejenige seiner Ehegattin ankomme. Für den Beschwerdeführer war in keinsten Weise erkennbar, dass seine Anspruchsberechtigung auch von seinem persönlichen Handelsregistereintrag, seiner Stellung als Gesellschafter und zugleich der Stellung seiner Ehefrau abhängen könnte. Im Gegenteil; mit der Formulierung, die Vorinstanz müsse bei Personen, die vor ihrer Arbeitslosigkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatten, genau prüfen, ob diese tatsächlich einen Lohn bezogen haben (vgl. oben E. 5.3.2), wird quasi insinuiert, bei Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung sei der Lohnfluss das alleinentscheidende Kriterium, die Stellung selbst sei irrelevant.

**5.4.3** Wenig überraschend ist daher die Reaktion des Beschwerdeführers. Er reicht wie gefordert Bankbelege zum Lohnfluss ein und erklärt, es sei unmöglich, die Löschung aus dem Handelsregister zu belegen, da diese noch nicht vorhanden sei, das dauere ca. ein Jahr (vgl. oben E. 5.3.3).

Die eingereichten Unterlagen genügten der Vorinstanz für die Beurteilung der Anspruchsberechtigung offenkundig noch nicht. Erneut gelangte sie am 18. April 2023 an den Beschwerdeführer mit einem Schreiben des Betreffs "Fehlende Unterlagen - Lohnfluss" (Vi-act. 19). Erläutert wird dabei, warum welche zusätzlichen Unterlagen für den Nachweis eines Lohnflusses eingefordert werden. Dass zusätzlich und erneut eine Kopie des Antrages zur Löschung aus dem Handelsregister gefordert wird, wird mit keinem Wort erklärt. Vor allem wird auch kein Bezug genommen auf die Erklärung des Beschwerdeführers, warum er hierfür keine Kopie einreichen könne. Dass darüberhinaus auch die Stellung der Ehefrau wesentlich wäre, wird überhaupt nicht erwähnt. Mithin musste für den Beschwerdeführer unerklärlich bleiben, weshalb erneut eine Kopie des Löschantrages gefordert wird, nachdem er diesen begründetermassen ja gar nicht liefern kann.

Irgend ein Hinweis, dass die arbeitgeberähnliche Stellung nicht nur vom Lohnfluss abhängt, sondern entscheidend von der Funktion der betroffenen Person in der GmbH (in casu des Beschwerdeführers und der Ehefrau) und namentlich dem Handelsregistereintrag als Nachweis dieser Funktion und vermeintlichen Möglichkeit, Einfluss auszuüben, findet sich auch in diesem zweiten Schreiben nicht.

**5.4.4** Die Vorinstanz bestreitet denn auch gar nicht, sondern bestätigt, dass ihre Schreiben rein Lohnfluss bezogen waren und keine Aussagen betreffend Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung enthalten. Beide Schreiben, bzw. jegliche Kontaktnahme der Vorinstanz mit dem Beschwerdeführer zur Klärung seiner Anspruchsberechtigung enthalten ausschliesslich Informationen bezüglich der Notwendigkeit, einen effektiven Lohnfluss nachzuweisen. Dass aber die Frage der den Leistungsanspruch ausschliessenden arbeitgeberähnlichen Stellung nicht vom Lohnfluss, sondern von der Funktion in der GmbH, der Möglichkeit auf die Geschäftstätigkeit und insbesondere die eigene Erwerbstätigkeit Einfluss zu nehmen, abhängig ist, wurde gegenüber dem antragstellenden Beschwerdeführer nie erwähnt. Er wurde trotz mehrmaligem Anschreiben und offenkundiger Abklärung der Anspruchsberechtigung durch die Vorinstanz nie darauf hingewiesen, dass kein Leistungsanspruch besteht, solange aufgrund seiner Stellung als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung der GmbH und jener der Ehefrau Zweifel am definitiven Austritt aus der Firma bleiben, und dass selbst ein

abstraktes Missbrauchsrisiko, er könnte seinen Leistungsanspruch durch Mitwirkung bei Firmenentscheiden selbst (oder durch die Ehefrau) beeinflussen, ausreichend seien, um den Anspruch zu verweigern.

Es erscheint daher wiederum wenig überraschend, wenn auch in der zweiten Unterlageneinreichung diesmal die Treuhänderin des Beschwerdeführers bzw. der GmbH erneut nur erklärt, warum keine Kopie eines Löschantrages beigelegt werden kann. Wenn die Vorinstanz nur - und ohne Erklärung - eine Kopie eines Löschantrages verlangt, dieser aber begründeter Weise und nachvollziehbar gar nicht beigebracht werden kann, dann versteht sich auch, dass der Beschwerdeführer keine Notwendigkeit erkennen konnte, sich von der GmbH zu trennen.

**5.5** Damit aber steht fest, dass der Beschwerdeführer (und seine Arbeitgeberin) der Vorinstanz mit der Anmeldung für Arbeitslosengelder sämtliche Grundlageninformationen leistete, damit diese die Anspruchsvoraussetzungen klären konnte. Es steht namentlich auch fest, dass die Vorinstanz frühzeitig, d.h. noch vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug (1.4.2023), erkannte, dass der Beschwerdeführer und auch seine Ehegattin eine arbeitgeberähnliche Stellung hatten, was einen Leistungsanspruch ausschließt. Bei dieser Sachlage hätte für sie aufgrund von Art. 27 ATSG und Art. 19a Abs. 2 AVIV eine Aufklärungs- und Beratungspflicht derart bestanden, dass sie den Beschwerdeführer auf das bestehende Leistungsanspruchshindernis hinweist und ihm dadurch die Möglichkeit gibt, das Hindernis zu beseitigen. Dieser Pflicht ist sie offenkundig nicht nachgekommen. Dass die leistungsverweigernde Verfügung vom 10. Mai 2023 dann erstmals Informationen betreffend arbeitgeberähnliche Stellung seiner Ehefrau und Leistungshinderung enthielt (vgl. oben E. 5.3.6), ändert hieran nichts. Zu jenem Zeitpunkt hatte der Beschwerdeführer bereits einen Arbeitsvertrag abgeschlossen und an der allein aus dem Handelsregistereintrag abgeleiteten arbeitgeberähnlichen Stellung der Ehefrau während der rund zweimonatigen Arbeitslosigkeit konnte der Beschwerdeführer auch nach Erhalt der Verfügung ohnehin nichts mehr ändern.

**5.6** Damit die Vorinstanz für ihre Verletzung der Auskunftspflicht und Beratungspflicht einzustehen hat, müssen die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sein (vgl. hierzu BGE 143 V 95 E. 3.6.2 m.w.H.; VGE II 2021 40 vom 16.6.2021 E. 3.1; VGE III 2020 171 vom 8.1.2021 E. 3.2). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Der Beschwerdeführer hat sich für den Leistungsbezug bei der Vorinstanz angemeldet. Diese war zuständig, die Anspruchsberechtigung zu klären, weshalb ihr auch eine entsprechende Beratungspflicht oblag. Sie hat die Anspruchsberechtigung abgeklärt und vom Beschwerdeführer hierzu ver-

schiedenste Unterlagen eingefordert, ohne ihn aber je auf die Problematik der arbeitgeberähnlichen Stellung hingewiesen zu haben, obwohl es für sie erkennbar war und sie es auch erkannte. Im Vertrauen auf diese Prüfung der Anspruchsberechtigung und die geforderten Unterlagen hat der Beschwerdeführer alle Unterlagen geliefert, welche ihm zur Verfügung standen. Dass er auch persönlich um Beendigung seiner arbeitgeberähnlichen Stellung und auch jener seiner Ehegattin (auf welchem Weg auch immer) hätte bemüht sein müssen, konnte er aufgrund der mangelhaften Beratung der Vorinstanz nicht erkennen. Folgedessen traf er mit dem Verzicht auf Beendigung seiner arbeitgeberähnlichen Stellung (und jener der Ehefrau) nicht wieder gutzumachende Dispositionen, da er diese Stellung bis zur Beendigung ihrer Arbeitslosigkeit gar nicht mehr verändern konnte. Schliesslich änderte die Rechtslage seit der Antragstellung nicht und es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige des Vertrauensschutzes überwiegen sollte. Hieran ändert die Tatsache, dass der Handelsregistereintrag noch heute besteht, nichts. Am damaligen Zustand während der zweimonatigen Arbeitslosigkeit vermöchte eine Löschung heute nichts zu ändern. Auch ist nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer diesen Aufwand nur auf sich nähme, wenn Gewissheit bestünde, dass die Leistungen rückwirkend zugesprochen würden. Auch würde die Löschung zum jetzigen Zeitpunkt nichts an der Tatsache ändern, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer nicht rechtzeitig über die Notwendigkeit der definitiven Beendigung seiner arbeitgeberähnlichen Stellung und jener der Ehefrau aufgeklärt hatte, was letztlich ursächlich dafür war, dass sie diese Stellung bei Stempelbeginn noch innehatten.

**6.** Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde damit als begründet, weshalb sie gutzuheissen ist. Der Einspracheentscheid vom 6. September 2023 ist aufzuheben. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer ab 1. April 2023 Arbeitslosenentschädigung zu leisten, wie wenn er und seine Ehefrau bei korrekter Beratung per Stempelbeginn ihre arbeitgeberähnlichen Stellungen definitiv aufgegeben hätten.

**7.1** Es werden keine Kosten erhoben.

**7.2.1** Die obsiegende Partei hat Anspruch auf eine angemessene Parteientschädigung (§ 74 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRP; 234.110] vom 06.06.1974). Die Entschädigung richtet sich nach dem Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebTRA, SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975. § 2 des Gebührentarifs sieht als Bemessungskriterien die Wichtigkeit der Streitsache, ihre Schwierigkeit, den Umfang und die Art der Arbeitsleistung sowie den notwendigen Zeitaufwand

vor. Das Honorar beträgt für die Vertretung vor Verwaltungsgericht Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- (§ 14 GebTRA). Eine allfällige Kostennote ist zu spezifizieren und vor Fällen des Entscheides einzureichen; andernfalls wird die Vergütung nach freiem Ermessen festgesetzt (§ 6 Abs. 1 GebTRA). Auch spezifizierte Kostennoten sind, soweit die Anwaltskosten ganz oder teilweise der Gegenpartei überbunden werden, auf ihre Angemessenheit zu prüfen (§ 6 Abs. 3 lit. a GebTRA). Gestützt auf die obzitierten Normen befolgen die Verwaltungsbehörden und das Verwaltungsgericht bei der Entschädigungsbemessung eine zurückhaltende Praxis. Die Bindung an den Gebührentarif und damit die notwendige Wahrung der Proportionen zwischen den verschiedensten Aufwandintensitäten bedingt, dass aufwandgeringe Verfahren nur so hoch entschädigt werden, dass der Gebührentarif auch für aufwandintensivste Fälle noch eine angemessene Entschädigung zulässt (EGV-SZ 2014 B1.3). Sodann beträgt der aktuell vom Verwaltungsgericht akzeptierte maximale Stundenansatz Fr. 220.-- inkl. MwSt (vgl. VGE III 2015 176 vom 22.12.2015 Erw. 4).

**7.2.2** Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat am 3. November 2023 eine Kostennote eingereicht. Er weist einen Aufwand von 8.61h à Fr. 250.-- sowie Auslagen von Fr. 25.90 aus, total inkl. MwSt. Fr. 2'347.05. Der detailliert ausgewiesene Aufwand erscheint angemessen. Hingegen ist der Stundenansatz auf Fr. 220.-- (inkl. MwSt) zu reduzieren. Unter Beachtung der in § 2 des Gebührentarifs enthaltenen Kriterien und der vorstehenden Erwägung ist die Parteienentschädigung auf insgesamt Fr. 1'920.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festzusetzen.

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 6. September 2023 aufgehoben und die Vorinstanz im Sinne der Erwägungen angewiesen, dem Beschwerdeführer Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. April 2023 zu leisten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'920.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zu leisten.
4. 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).
5. Zustellung an:
  - den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (2/R)
  - die Vorinstanz (R)
  - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 13. Dezember 2023

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

### **\*Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Romansch 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: 18. Januar 2024