



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE KAMMER

Mitwirkende Richter: lic. iur. Adrian Willimann, Vorsitz

lic. iur. Jacqueline Iten-Staub und Ersatzrichterin lic. iur. Judith Fischer

Gerichtsschreiber: MLaw Luca Bernasconi

U R T E I L vom 28. August 2023 *[rechtskräftig]*

gemäss § 29 der Geschäftsordnung

in Sachen

A. _____

Beschwerdeführer

gegen

Arbeitslosenkasse des Kantons Zug, Rechtsdienst, Industriestrasse 24,

Postfach 57, 6300 Zug

Beschwerdegegnerin

betreffend

Arbeitslosenversicherung

(Ablehnung der Anspruchsberechtigung)

S 2022 19

A. Der 1957 geborene Versicherte, A._____, war vom 1. Juni 2019 bis 31. Mai 2020 bei der B._____ GmbH angestellt. Am 29. Mai 2020 meldete er sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum Zug (RAV) zur Arbeitsvermittlung an; am 16. Juni 2020 stellte er bei der Ausgleichskasse Zug einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung per 1. Juni 2020 (ALK-act. 254 f., 242 ff.). Mit Verfügung vom 13. Juli 2021 lehnte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug (ALK) die Anspruchsberechtigung des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Juni 2020 mangels anrechenbaren Arbeitsausfalls ab (ALK-act. 50 ff.). Die dagegen erhobene Einsprache vom 12. August 2021 (ALK-act. 38 f.) wies die ALK mit Einspracheentscheid vom 11. Januar 2022 ab (ALK-act. 12 ff.).

B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. Februar 2022 beantragte A._____ sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 11. Januar 2022 und die Feststellung seiner Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung per 1. Juni 2020 (act. 1).

C. Die ALK beantragte am 3. März 2022 mit Verweis auf den Einspracheentscheid die Abweisung der Beschwerde (act. 3).

Das Verwaltungsgericht erwägt:

1.

1.1 Gemäss Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) kann gegen Einspracheentscheide oder Verfügungen, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist, Beschwerde erhoben werden, wobei in der Regel das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig ist, in dem die versicherte Person zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat (Art. 58 Abs. 1 ATSG). Auf dem Gebiet der Arbeitslosenversicherung ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Kassenverfügungen betreffend Arbeitslosenentschädigung in Abweichung von Art. 58 Abs. 1 ATSG das Versicherungsgericht an dem Ort zuständig, wo der Versicherte die Kontrollpflicht erfüllt (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage

(Art. 60 Abs. 1 ATSG). Im Kanton Zug beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Beschwerden aus dem Gebiet der eidgenössischen Sozialversicherung, für die das Bundesrecht eine kantonale Rechtsmittelinstanz vorsieht (§ 77 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen [Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1]).

1.2 Der Beschwerdeführer erfüllt(e) seine Kontrollpflicht im Kanton Zug; das Verwaltungsgericht des Kantons Zug ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde örtlich und sachlich zuständig. Die Beschwerde wurde rechtzeitig eingereicht. Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid direkt betroffen und somit zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerde entspricht sodann den wenigen an eine Laienbeschwerde gestellten formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist. Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

2. Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den Sachverhalt ab, der sich bis zum Zeitpunkt des Erlasses der strittigen Verfügung resp. Einspracheentscheids realisiert hat. In zeitlicher Hinsicht sind, vorbehältlich abweichender Übergangsbestimmungen, diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (vgl. etwa BGE 148 V 162 E. 3.2.1; 147 V 278 E. 2.1; 144 II 326 E. 2.1.1; 131 V 9 E. 1; 129 V 354 E. 1, je mit Hinweisen).

3. Streitig und zu prüfen ist, ob die ALK die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Juni 2020 zu Recht verneint hat. Dabei geht es im Wesentlichen darum, ob der Beschwerdeführer bei der B. _____ GmbH eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte resp. innehat.

3.1 Für einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung muss der Versicherte u.a. einen anrechenbaren Arbeitsausfall gemäss Art. 11 AVIG erlitten haben (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG).

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG 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. Praxisgemäss ist diese der Vermeidung von Missbräuchen dienende Bestimmung analog auf arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten anzuwenden, die Arbeitslosenentschädigung verlangen (BGE 145 V 200 E. 4.1 mit Hinweisen). Die Frage, ob eine arbeitnehmende Person einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen kann, ist aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten. Keine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt (BGE 145 V 200 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen). Damit eine versicherte Person in arbeitgeberähnlicher Stellung oder deren mitarbeitender Ehegatte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, muss sie mit dem Ausscheiden aus dem Betrieb definitiv auch die arbeitgeberähnliche Stellung verlieren. Behält sie nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann sie dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, verfügt sie nach wie vor über die unternehmerische Dispositionsfreiheit, sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer einzustellen. Ein solches Vorgehen läuft auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient und in diesem Rahmen insbesondere dem Umstand Rechnung tragen will, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Diese Rechtsprechung will nicht bloss dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (vgl. SozVGer ZH AL.2022.00057 vom 22. November 2022 E. 2 mit Hinweis auf BGer 8C_448/2018 vom 30. September 2019 E. 6 und 8C_529/2016 vom 26. Oktober 2016 E. 5.2). Eine arbeitgeberähnliche Stellung eines Familienmitglieds wurde von der Rechtsprechung etwa in einem Fall bejaht, in dem ein Sohn als Arbeitnehmer im Unternehmen seines Vaters verschiedene Geschäftsurkunden – eine Offerte für Baumeisterarbeiten, Aufträge für Bankbürgschaften, die Kündigung eines leitenden Mitarbeiters, eine Arbeitgeberbescheinigung an die Arbeitslosenkasse sowie einen Werkvertrag – in für den Arbeitgeber verbindlicher Weise unterzeichnet hat, beim väterlichen Betrieb es sich um eine Kleinfirma mit wenig ausgeprägten Organisationsstrukturen handelte und der Vater mit dem Sohn bei verschiedenen geschäftlichen Entscheiden zusammenarbeitete (EVG C 273/01 E. 4.1). Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ist stets eine massgebliche Mitwirkung erforderlich (vgl. KGer BL 715 20 453/237 vom 2. September 2021 E. 6.2).

3.2 Sowohl das Verwaltungsverfahren wie auch der kantonale Sozialversicherungsprozess sind vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 lit. c ATSG). Danach haben Verwaltung und Sozialversicherungsgericht den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, wobei im Sozialversicherungsrecht der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt (BGE 126 V 353 E. 5b). Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig aus, da es Sache des Sozialversicherungsgerichts (Art. 61 lit. c ATSG) oder der verfügenden Verwaltungsstelle (Art. 43 Abs. 1 ATSG) ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein. Im Sozialversicherungsprozess tragen mithin die Parteien in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Fall der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Dieser in Art. 8 ZGB enthaltene Grundsatz gilt auch im öffentlichen Recht. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGer 8C_831/2019 E. 3.2.2 mit Hinweisen).

4.

4.1 Die ALK erwog im angefochtenen Einspracheentscheid vom 11. Januar 2022, aufgrund des Umstandes, dass der Beschwerdeführer als mitarbeitendes Familienmitglied in der Firma seines Sohnes, B. _____ GmbH, angestellt gewesen sei, habe überprüft werden müssen, ob ersterer einen massgebenden Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen gehabt habe. Die Sachverhaltsermittlung habe ergeben, dass der Beschwerdeführer am 12. Mai 2020 zwei Überweisungen von der B. _____ GmbH erhalten habe. Eine Überweisung über Fr. 6'632.10 sei für die Rückvergütung der Spesen für das Jahr 2019 (Januar bis Mai 2019 Fr. 2'078.30) getätigt worden. Die andere Überweisung über Fr. 2'367.35 sei für die Rückvergütung der Spesen für das Jahr 2020 (Januar bis Mai 2020) gewesen. Des Weiteren sei den Bankbelegen zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer am 6. September 2019 von der B. _____ GmbH über Fr. 20'000.– erhalten habe. Seinem Vorbringen, dass es sich dabei um eine Provisionszahlung gehandelt habe, könne nicht gefolgt werden, da diese Zahlung weder auf den Lohnabrechnungen noch auf dem Formular "Arbeitgeberbescheinigung" vom 30. Juli 2020 deklariert sei. Auch habe der

Beschwerdeführer am 22. November 2019 eine Betreibung gegen die B. _____ GmbH über Fr. 2'345.60 beglichen. Dieser Betrag sei ihm am 25. November 2019 durch die B. _____ GmbH überwiesen worden. Wenn er nun geltend mache, dass er seinem Sohn privat geholfen hätte, könne dies durchaus aus familiären Gründen nachvollzogen werden. Jedoch sei vorliegend nun mal nicht nur die familiäre Komponente zu beachten, sondern auch, dass er in der Firma seines Sohnes angestellt gewesen sei und seine Stellung über die eines "normalen" Arbeitnehmers gegangen sei. So habe der Beschwerdeführer – wie in seiner E-Mail vom 23. Oktober 2020 erläutert – für die B. _____ GmbH Arbeiten akquiriert, Montagepersonal und Montagefirmen organisiert und diese Arbeiten ausgeführt. Dies habe er bekanntlich auch bereits vor dem offiziellen Arbeitsbeginn am 1. Juni 2019 gemacht. Die Vermischung der privaten und geschäftlichen Belange zeige auf, dass der Beschwerdeführer in der B. _____ GmbH im Sinne der Arbeitslosenversicherung arbeitgeberähnliche Stellung mit der damit verbundenen Einflussnahme innegehabt habe. Aufgrund dieses Sachverhaltes sei erstellt, dass er – als Vater des Geschäftsinhabers der B. _____ GmbH – gemäss den gelebten Verhältnissen sowohl vor als auch nach der Anstellung per 1. Juni 2019 über die Kompetenzen der Geschäftsführung der B. _____ GmbH verfügt habe, da er eigenständig Akquise betrieben, die Arbeitsorganisation sichergestellt und insbesondere finanzielle Verbindlichkeiten der B. _____ GmbH geregelt habe. All diese Tätigkeiten würden nicht zu den Aufgaben eines weisungsgebundenen Arbeitnehmers gehören. Somit sei dem Beschwerdeführer als mitarbeitender Vater in der Firma seines Sohnes die mit einer arbeitgeberähnlichen Stellung verbundene Einflussnahme nicht abzusprechen. Aufgrund der betrieblichen Strukturen sei der geltend gemachte Arbeitsausfall gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 11 AVIG auch ohne formelle Organstellung nicht kontrollier- und bestimmbar. Dass der Beschwerdeführer ab Juli 2020 gewisse kürzere Arbeitseinsätze über Personalvermittler gehabt habe, vermöge an der getroffenen Einschätzung der mangelnden Kontrollierbarkeit des geltend gemachten Arbeitsausfalls nichts zu ändern (ALK-act. 16 f.).

4.2 Der Beschwerdeführer hält dem zusammengefasst entgegen, der rechtserhebliche Sachverhalt sei unrichtig bzw. unvollständig abgeklärt worden. Zu keinem Zeitpunkt sei er als Gesellschafter tätig oder finanziell am Betrieb beteiligt gewesen oder habe als Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Daraus lasse sich auch logischerweise folgern, dass er vor und während seiner Anstellung und auch nach dem Erhalt der Kündigung zu keinem Zeitpunkt eine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe (act. 1).

4.3 Der Beschwerdeführer war und ist unbestrittenermassen kein formelles Organ der B._____ GmbH (ALK-act. 54). Ob er massgeblichen Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen der B._____ GmbH hatte resp. hat, konnte bzw. kann demnach nur anhand der tatsächlichen betrieblichen Strukturen geprüft werden.

Ausweislich der Akten hat die Beschwerdegegnerin bei der B._____ GmbH bzw. dessen Geschäftsführer und Sohn des Beschwerdeführers, C._____, zusätzlich zur Arbeitgeberbescheinigung mehrmals konkrete betriebsbezogene Unterlagen und Informationen einverlangt (ALK-act. 211 f., 207, 190, 185, 147). Da dieser nicht kooperierte, erstattete die ALK am 20. November 2020 Strafanzeige (ALK-act. 95 ff.), worauf C._____ mit Strafbefehl vom 12. Juli 2021 der Übertretung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes gemäss Art. 106 Abs. 1 AVIG schuldig gesprochen und mit einer Busse in Höhe von Fr. 300.– bestraft wurde (ALK-act. 10 f.). Die ALK hat danach offenbar kein weiteres Editonsbegehren gestellt bzw. keine weitere Strafanzeige erstattet, sondern ist ausgehend von den vorhandenen Unterlagen von einer arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers bei der B._____ GmbH ausgegangen.

Diesem Schluss kann aufgrund der vorliegenden Akten jedoch nicht gefolgt werden. Dass der Beschwerdeführer seinem Sohn aus familiärer Verbundenheit durch Zahlungen von Betriebsschulden (bzw. Bevorschussung) unter die Arme gegriffen hat, erachtet auch die Beschwerdegegnerin als nachvollziehbar (ALK-act. 17). Mangels konkreter, gegenteiliger Anhaltspunkte resp. Belege muss sodann auch die unbestritten stattgehabte Kundenakquise (vor der Anstellung) als (väterliche) Gefälligkeit verstanden werden. Schliesslich sind auch sonst keinerlei Geschäftsunterlagen aktenkundig, die auf eine Geschäftsführungskompetenz des Beschwerdeführers bei der B._____ GmbH schliessen liessen.

Vor diesem Hintergrund erscheint nicht überwiegend wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer insbesondere auch *nach* dem 31. Mai 2020 (Kündigung) eine arbeitgeberähnliche Stellung bei der B._____ GmbH innehatte.

5. Der Einspracheentscheid ist in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Die Sache wird an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, sodass diese nach allfälligen weiteren Sachverhaltsabklärungen und Prüfung auch der übrigen Anspruchsvoraussetzungen – insbesondere Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG – neu verfüge.

6. Mangels einer entsprechenden Bestimmung im AVIG ist das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenlos (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG). Dem nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer ist keine Parteientschädigung i.S.v. Art. 61 lit. g ATSG zuzusprechen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird insofern gutgeheissen, als der Einspracheentscheid vom 11. Januar 2022 aufgehoben und die Angelegenheit an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird, damit diese neu verfüge.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Luzern Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden.
5. Mitteilung an den Beschwerdeführer (mit ausführlicher Rechtsmittelbelehrung), an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug sowie an das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Bern.

Zug, 28. August 2023

Im Namen der
SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHEN KAMMER
Der Vorsitzende

Der Gerichtsschreiber

versandt am