

# **BGer 8C\_668/2022 vom 29. Juni 2023**

Bundesgericht, 2023-06-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_668\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_668_2022)

FR: TF 8C\_668/2022 du 29 juin 2023

IT: TF 8C\_668/2022 del 29 giugno 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit freier Kognition ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 145 V 380 E. 1 Ingress mit Hinweis).

Rückweisungsentscheide, mit denen eine Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, gelten grundsätzlich als Zwischenentscheide, weil sie das Verfahren nicht abschliessen; sie können nur unter den Voraussetzungen von Art. 92 oder 93 BGG beim Bundesgericht angefochten werden ( BGE 140 V 282 E. 2; 133 V 477 E. 4.2). Wenn aber der unteren Instanz, an die die Sache zurückgewiesen wird, kein Entscheidungsspielraum mehr bleibt und die Rückweisung bloss der (rein rechnerischen) Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient, handelt es sich materiell um einen Endentscheid im Sinn von Art. 90 BGG ( BGE 140 V 282 E. 4.2 mit Hinweisen; Urteil 8C\_759/2018 vom 13. Juni 2019 E. 1).

Mit dem angefochtenen Rückweisungsentscheid wird die Arbeitslosenkasse gezwungen, die weiteren Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung zu prüfen. Da das Verfahren somit noch nicht abgeschlossen wird und die Rückweisung auch nicht einzig der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient, handelt es sich um einen selbstständig eröffneten Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG . Die Vorinstanz verneinte eine arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdegegners, da - unter Ausschluss der Beweismittel aus dem ALE-Dossier von B.A.\_\_\_\_\_ - nicht überwiegend wahrscheinlich erstellt sei, dass der Beschwerdegegner nach der Anmeldung zum Leistungsbezug nach wie vor faktischer Geschäftsführer der B.\_\_\_\_\_ GmbH gewesen sei. In dieser verbindlichen Vorgabe liegt der nicht wiedergutzumachende Nachteil (vgl. auch bei Vorgaben betreffend die Beweisverwertung: Urteil 8C\_577/2021 vom 20. Dezember 2021 E. 2.1.1). Sollten die übrigen Anspruchsvoraussetzungen gegeben sein, wäre die Arbeitslosenkasse gezwungen, eine ihres Erachtens rechtswidrige Verfügung zu erlassen, während sie sich ausserstande sähe, ihren eigenen Rechtsakt anzufechten (vgl. BGE 140 V 282 und SVR 2016 IV Nr. 4 S. 11, 9C\_703/2015 E. 5.1). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### **E. 2.1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur

Begründung der Beschwerde ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 141 V 234 E. 1 mit Hinweisen).

## **E. 2.2**

Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

## **E. 3.1**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hat, indem sie feststellte, dass dem Beschwerdegegner nach seiner Anmeldung zum Leistungsbezug keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr zugekommen sei, weshalb sie die Sache zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen an die Beschwerdeführerin zurückwies.

## **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat die analog zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ergangene Rechtsprechung, wonach Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung und ihre im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben ( BGE 145 V 200 E. 4.1 f.; vgl. auch BGE 142 V 263 E. 4.1; Urteil 8C\_146/2020 vom 17. April 2020 E. 3), richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen.

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; Urteil 8C\_319/2022 vom 12. Oktober 2022 E. 5; bezügl. arbeitgeberähnliche Personen als Liquidatoren des Betriebs: Urteil 8C\_379/2022 vom 21. November 2022 E. 5). 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 als Verwaltungsrat in Art. 716-716b OR verschiedene, nicht übertrag- und entziehbare, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmende oder massgeblich beeinflussende Aufgaben vorschreibt ( BGE 145 V 200 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

## **E. 4.1**

Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin habe ihren leistungsverneinenden Entscheid einzig damit begründet, dass die Mutter des Beschwerdegegners, B.A.\_\_\_\_\_, als Reinigungskraft tätig sei, nur leichte, wechselbelastende körperliche Arbeiten ausführen könne und zudem eine Teilrente der Invalidenversicherung beziehe. Vor diesem Hintergrund habe die Beschwerdeführerin angenommen, dass der Beschwerdegegner weiterhin in arbeitgeberähnlicher Position in der GmbH tätig sei, da B.A.\_\_\_\_\_ nicht über das Fachwissen verfüge, die in der Plattenlegerei tätige GmbH zu führen, und körperlich nicht in der Lage wäre, die Plattenlegerarbeiten zu verrichten. Diese den Gesundheitszustand, die Ausbildung und die berufliche Tätigkeit der Mutter des

Beschwerdegegners betreffenden Daten habe die Beschwerdeführerin allesamt dem Dossier von B.A. \_\_\_\_\_ entnommen, die Anfang 2017 und im Februar 2020 ebenfalls zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung angemeldet gewesen sei.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz erachtete die Anforderungen an eine - in Abweichung von Art. 33 ATSG - zulässige Datenbekanntgabe im Sinne von Art. 97a Abs. 4 lit. b AVIG als nicht erfüllt. Diese Beweismittel seien daher im vorliegenden Verfahren rechtswidrig erlangt worden. Unter Vornahme einer Interessensabwägung (zwischen dem öffentlichen Interesse an der Ermittlung der Wahrheit und dem Interesse von B.A. \_\_\_\_\_ an der Nichtbekanntgabe dieser Daten) gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass diese auch nicht verwertet werden dürften. Damit sei nicht überwiegend wahrscheinlich erstellt, dass der Beschwerdegegner nach der Anmeldung zum Leistungsbezug weiterhin faktischer Geschäftsführer der B. \_\_\_\_\_ GmbH gewesen sei. Zumindest mit dieser Begründung könne ein Leistungsanspruch nicht abgelehnt werden. Insbesondere zu prüfen habe die Beschwerdeführerin nunmehr die Fragen des Lohnflusses und der genügenden Beitragszeit.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, sie sei gemäss Art. 96b AVIG i.V.m. Art. 81 Abs. 1 lit. a AVIG berechtigt, Personendaten, auch besonders schützenswerte, für die Prüfung der arbeitgeberähnlichen Stellung einer versicherten Person zu bearbeiten. Es sei ihr nach Art. 96c Abs. 2

bis AVIG erlaubt, Informationen aus ihrem Informationssystem auszutauschen und zu verwenden. Im vorliegenden Fall sei im Informationssystem ASAL bei der Mutter des Beschwerdegegners ersichtlich, dass sie eine Anstellung als Reinigungskraft gesucht und eine Teilrente der Invalidenversicherung bezogen habe. Die Belege dazu befänden sich im elektronischen Versichertendossier (DMS). Bis zum Beschluss vom 16. Dezember 2021 der Vorinstanz, womit sie explizit zur Einreichung der Akten aufgefordert worden sei, habe sie die Informationen aus dem Informationssystem ASAL ohne Aktenherausgabe lediglich indirekt bearbeitet und bekanntgegeben. Ihr Handeln sei konform mit Art. 47 Abs. 1 lit. b und c i.V.m. Art. 48 ATSG. Ein überwiegendes Privatinteresse der Mutter stehe der Datenfreigabe nach Art. 97a Abs. 1 und Abs. 2 sowie Abs. 2

bis AVIG nicht entgegen. Es handle sich bei den fraglichen Daten, auch den besonders schützenswerten, um Informationen, die die Arbeitnehmenden ihren Arbeitgebern ohnehin mitzuteilen hätten (Bezug einer Invalidenrente, Restarbeitsfähigkeit und zumutbares Leistungsprofil). Überdies seien dem Beschwerdegegner die Informationen zu seiner Mutter bereits bekannt gewesen. Das öffentliche Interesse bestehe darin, einen Missbrauch der Arbeitslosenversicherung in Form von Schwarzarbeit bzw. Sozialversicherungsbetrug nach Art. 148a StGB zu verhindern, welches gegenüber den vorliegenden privaten Interessen überwiege. Ferner sei sie - die Beschwerdeführerin - gestützt auf Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA; SR 822.41) und Art 12 Abs. 3 und 4 BGSA verpflichtet, Indizien, die auf Schwarzarbeit hindeuteten, den betroffenen Behörden zu melden, weshalb sie berechtigt sei, diese selbst zu verwenden.

#### **E. 6.1.1**

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. Diese Untersuchungspflicht dauert so lange, bis über die für die Beurteilung des streitigen Anspruchs erforderlichen Tatsachen hinreichende Klarheit besteht. Der Untersuchungsgrundsatz weist enge Bezüge zum - auf Verwaltungs- und Gerichtsstufe geltenden - Grundsatz der freien Beweiswürdigung auf. Führen die im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen den Versicherungsträger oder das Gericht bei umfassender, sorgfältiger, objektiver und inhaltsbezogener Beweiswürdigung ( BGE 132 V 393 E. 4.1) zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich ( BGE 138 V 218 E. 6 mit Hinweisen; 126 V 353 E. 5b; 125 V 193 E. 2, je mit Hinweisen) zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, so liegt im Verzicht auf die Abnahme weiterer Beweise keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 144 V 361 E. 6.5 ; 134 I 140 E. 5.3; 124 V 90 E. 4b). Bleiben jedoch erhebliche Zweifel an der Vollständigkeit und/oder Richtigkeit der bisher getroffenen Tatsachenfeststellung bestehen, ist weiter zu ermitteln, soweit von zusätzlichen Abklärungsmassnahmen noch neue wesentliche Erkenntnisse zu erwarten sind (SVR 2010 ALV Nr. 2 S. 3, 8C\_269/2009 E. 2.2 mit Hinweis; Urteil 8C\_316/2022 vom 31. Januar 2023 E. 4 mit Hinweis).

#### **E. 6.1.2**

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. 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 ( BGE 144 V 427 E. 3.2; 138 V 218 E. 6; je mit Hinweisen).

#### **E. 6.2**

Es steht fest, dass der Beschwerdegegner unmittelbar vor Anmeldung zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung die B.\_\_\_\_\_ GmbH an seine Mutter verkaufte und diese, gemäss Handelsregistereintrag, das Baugeschäft seit 2. Dezember 2020 (Tagesregister) als alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift betreibt. Weiter brachte die Beschwerdeführerin in ihrer vorinstanzlichen Vernehmlassung vom 26. Mai 2021 vor, laut Auszug aus seinem individuellen Konto (IK) vom 11. Januar 2021 habe der Beschwerdegegner bis zum 31. Dezember 2020 Einkommen aus der Tätigkeit bei der B.\_\_\_\_\_ GmbH erzielt, obwohl er gemäss Handelsregister als Gesellschafter und Geschäftsführer Ende November 2020 aus der Gesellschaft vollständig ausgeschieden war und nach vorinstanzlicher Feststellung auch seine Plattenlegertätigkeit zu diesem Zeitpunkt endete. Die Beschwerdeführerin wies in ihrer Vernehmlassung vom 26. Mai 2021 überdies darauf hin, dass die Arbeitgeberbescheinigung vom 18. Dezember 2020 in derselben Handschrift ausgefüllt worden sei wie der Antrag des

Beschwerdegegners auf Arbeitslosenentschädigung.

### **E. 6.3.1**

Die Beurteilung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung drehte sich nach dem Gesagten sowohl im Verwaltungs- als auch im kantonalen Beschwerdeverfahren um die Frage, ob der Beschwerdegegner faktisch eine leitende Funktion und somit seine arbeitgeberähnliche Stellung nach seiner Löschung als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH im Handelsregister beibehielt oder nicht, weshalb sich sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Vorinstanz damit vertieft auseinander zu setzen hatten. Für die Bejahung einer über die Löschung im Handelsregister hinaus ausgeübten faktischen arbeitgeberähnlichen Funktion des Beschwerdegegners stützte sich die Beschwerdeführerin wesentlich auf die über B.A.\_\_\_\_\_ im Informationssystem ASAL anlässlich deren eigener Arbeitslosigkeit gespeicherten Daten.

Nachdem die Vorinstanz zum Schluss gelangte, diese Daten würden einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, wäre sie in Nachachtung des Untersuchungsgrundsatzes gehalten gewesen, weitere Abklärungen zur arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdegegners vorzunehmen. Die enge familiäre Beziehung zwischen Verkäufer und Käuferin des Kleinbetriebs sowie die im vorinstanzlichen Verfahren vernehmlassungsweise vorgebrachten Anhaltspunkte für eine über die Löschung im Handelsregister hinaus bestehende massgebliche faktische Einflussnahme des Beschwerdegegners auf die Geschicke der Unternehmung boten hinreichend Anlass dazu. Der weitere Abklärungsbedarf ergibt sich somit unabhängig von der Frage der Verwertbarkeit der genannten Daten (vgl. zum im öffentlichen Verfahrensrecht nicht absolutes Verbot der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel: BGE 143 I 377 E. 5.1.1; vgl. auch Urteil 8C\_7/2020 vom 3. November 2020 E. 3.2.2 mit Hinweisen). Diese Frage kann daher offen bleiben, weshalb ebenso wenig auf die in diesem Kontext beschwerdeweise geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs eingegangen werden muss.

### **E. 6.3.2**

Indem die Vorinstanz bezüglich der zentralen Frage einzig gestützt auf ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der Einträge über B.A.\_\_\_\_\_ in der ASAL-Datenbank erkannte und bei der gegebenen Aktenlage auf weitere Erhebungen verzichtete, verletzte sie in Anbetracht des nach dem Gesagten bestehenden Abklärungsbedarfs den Untersuchungsgrundsatz. Trotz hinreichender Anhaltspunkte verzichtete sie darauf, weitere Beweisvorkehren zur möglichen arbeitgeberähnlichen Einflussnahme des Beschwerdegegners im Betrieb nach seiner Löschung als Gesellschafter und Geschäftsführer im Handelsregister zu treffen, was Bundesrecht verletzt. Sie liess die in diesem Zusammenhang interessierende tatsächliche Stellung und Funktion von B.A.\_\_\_\_\_ in der GmbH gänzlich unbeleuchtet. Zusätzliche Abklärungen sind daher unumgänglich, namentlich mittels Befragung der Mutter zu deren Stellung, Funktion und konkreten Aufgaben in der B.\_\_\_\_\_ GmbH, wobei die Beschwerdeführerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren behauptete, diese sei Analphabetin (Schreiben an die Vorinstanz vom 7. Februar 2022). Die Sachlage im Zusammenhang mit dem tatsächlichen Ausscheiden des Beschwerdegegners aus der GmbH ist demnach vertiefter abzuklären, bevor eine abschliessende Beweiswürdigung vorgenommen werden kann.

### **E. 6.3.3**

Nachdem es der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt dem Bundesgericht nicht erlaubt, selbst zu entscheiden, rechtfertigt es sich daher, die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird im Anschluss daran erneut über die Beschwerde zu entscheiden haben und dabei insbesondere darüber, ob der Beschwerdegegner faktisch weiterhin die Entscheide der ehemaligen Arbeitgeberin fällte oder zumindest massgebend beeinflusste und daher zum Personenkreis gehört, der vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgenommen ist. Wie dargelegt (vgl. vorstehende E. 6.1), darf im Sozialversicherungsrecht von einer Beweislosigkeit erst ausgegangen werden, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes auf Grund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen.

#### **E. 7**

Hinsichtlich der Gerichtskosten gilt die Rückweisung der Sache zu neuem Entscheid praxisgemäss als volles Obsiegen, unabhängig davon, ob sie beantragt oder ob das entsprechende Begehren im Haupt- oder im Eventualbegehren gestellt wird ( BGE 141 V 281 E. 11.1 mit Hinweis). Der unterliegende Beschwerdegegner hat daher die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ).

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