



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 9. Dezember 2021 (715 21 188 / 320)

Arbeitslosenversicherungsrecht

Ausschluss eines ehemaligen Inhabers einer familiären Kleinfirma vom Anspruch auf Kurzarbeit infolge weiterhin bestehender faktischer Organstellung.

Besetzung Präsidentin Doris Vollenweider, Kantonsrichter Daniel Noll, Kantons-
 richterin Susanne Afheldt, Gerichtsschreiber Stephan Paukner

Parteien **A._____ GmbH**, Beschwerdeführerin

gegen

Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland, Bahnhofstrasse 32,
Postfach, 4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin

Betreff Kurzarbeitsentschädigung (Corona)

A. Die A._____ GmbH ist seit 11. April 2016 im Handelsregister eingetragen. Sie bezweckt Beratungen im Finanzbereich, die Vermittlung von Krediten, Hypotheken, Versicherungen und Leasinggeschäften sowie den Handel mit Gastronomieartikeln und Waren aller Art. Im Zeitpunkt, als die Gesellschaft am 16. März 2020 bei der Arbeitslosenversicherung für ihre beiden Mitarbeitenden B._____ und dessen Ehefrau Kurzarbeitsentschädigung (KAE) beantragte, amtierte B._____ als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der A._____ GmbH. Mit Verfügung vom 2. April 2020 hat die Kantonale Amtsstelle der Ausrichtung von KAE für die Zeit vom

16. März bis 15. September 2020 unter dem Vorbehalt zugestimmt, dass die übrigen Anspruchs- und Anrechnungsvoraussetzungen erfüllt sind. In der Folge wurde der A.____ GmbH für B.____ und seine Frau von März bis Mai 2020 eine entsprechende KAE für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung ausgerichtet.

B. Mit Wirkung per 17. Dezember 2020 ist B.____ in seiner Eigenschaft als Gesellschafter und Geschäftsführer der A.____ GmbH aus dem Handelsregister gelöscht worden. An seiner Stelle ist neu C.____ als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift eingetragen worden. Am 18. Januar 2021 hat die A.____ GmbH für die Zeit ab 28. Januar 2021 erneut um Bewilligung von Kurzarbeit ersucht. Die Kantonale Amtsstelle hat unter Vorbehalt der übrigen Anspruchs- und Anrechnungsvoraussetzungen der Ausrichtung von KAE wiederum zugestimmt. Auf Antrag der A.____ GmbH vom 15. Februar 2021 hat die Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland (Kasse) der A.____ GmbH in der Folge für Januar 2021 für B.____ und dessen Ehegattin eine KAE im Umfang von Fr. 768.65 ausgerichtet. Diese Zahlung hat sie mit Verfügung vom 16. April 2021 zurückgefordert und mit einer zweiten Verfügung vom 19. April 2021 die Anspruchsberechtigung von B.____ und dessen Ehefrau mit Wirkung ab 28. Januar 2021 grundsätzlich mit der Begründung verneint, dass B.____ die A.____ GmbH zwar verkauft habe und daher nicht mehr als Gesellschafter im Handelsregister eingetragen sei, er aber nach wie vor als faktischer Geschäftsführer amten würde. Sein Cousin C.____ arbeite als neuer Eigentümer und offizieller Geschäftsführer selbst nicht in der Firma, sondern sei vollzeitlich vielmehr für die D.____ GmbH tätig. B.____ habe somit weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung bei der A.____ GmbH inne, so dass er und seine Ehefrau keinen Anspruch auf KAE besitzen würden.

C. Eine ausschliesslich gegen die Verfügung vom 19. April 2021 erhobene Einsprache hat die Kasse mit Entscheid vom 21. Mai 2021 dahingehend abgewiesen, dass sie die Anspruchsberechtigung auf KAE für B.____ und seine Frau bereits mit Wirkung ab 18. Januar 2021 verneint hat. Zur Begründung hat sie geltend gemacht, dass C.____ bereits in seiner eigenen Firma D.____ GmbH vollumfänglich als Geschäftsführer tätig sei. Es sei nicht glaubhaft, dass er gleichzeitig auch noch die A.____ GmbH führe, zumal ihm offensichtlich hierfür auch das fachliche Wissen fehle. Faktisch bestimme nach wie vor B.____ die Geschicke der A.____ GmbH. Dafür spreche nicht nur sein sehr hoher Lohn in der Eigenschaft als einfacher Angestellter, sondern auch die mittlerweile neu vereinbarte Konventionalstrafe im Umfang von Fr. 300'000.— im Fall einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses von B.____ durch die A.____ GmbH noch vor Ablauf von fünf Jahren. Schliesslich besetze B.____ weiterhin eine Leitungsfunktion und könne auch Personal einstellen. Damit habe er eine arbeitgeberähnliche Position inne, wonach der Anspruch auf KAE für ihn und seine Gattin ausgeschlossen sei.

D. Gegen diesen Entscheid hat die A.____ GmbH, vertreten durch den Gesellschafter C.____, mit als Einsprache bezeichneter Eingabe vom 17. Juni 2021 beim Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), am 17. Juni 2021 Beschwerde mit dem sinngemässen Rechtsbegehren erhoben, dass der Beschwerdeführerin für ihre beiden Mitarbeitenden ab dem 18. Januar 2021 KAE auszurichten sei. Zur Begründung wurde im Wesentlichen geltend gemacht, dass C.____ die A.____ GmbH übernommen, B.____ in der Firma hingegen nichts mehr zu sagen habe. Vielmehr sei es C.____, der sämtliche

Entscheide alleine treffe. C.____ sei sehr wohl kompetent genug, die Firma selbst zu führen. So führe er ja bereits die D.____ GmbH selbständig. C.____ habe einen Buchhalter zur Seite und kenne alle Versicherungsgesellschaften selbst. Dass der Arbeitsvertrag von B.____ auf eine Mindestvertragsdauer von fünf Jahren ausgelegt worden sei, habe mit den Kenntnissen weder von B.____ noch von C.____ zu tun. In der Versicherungsbranche sei es üblich, derart hohe Löhne, wie vertraglich vereinbart, auszurichten. Würde B.____ auf Provisionsbasis arbeiten, würde er jährlich nicht nur rund Fr. 160'000.—, sondern Fr. 350'000.— verdienen. B.____ habe zwar eine Funktion als Teamleiter, er könne aber keine neuen Berater selbständig einstellen; auch verfüge er über keine entsprechende Unterschriftsberechtigung. Die Bewerbungsgespräche würde vielmehr C.____ führen.

E. Die Kasse schloss mit Vernehmlassung vom 18. August 2021 auf Abweisung der Beschwerde.

Auf die einzelnen Ausführungen der Parteien ist soweit notwendig in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1. Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 i. V. m. Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 ist ein Gericht als letzte kantonale Instanz für die Beurteilung von Beschwerden aus dem Bereich der Sozialversicherung sachlich zuständig. Örtlich zuständig ist bei Streitigkeiten betreffend KAE nach Art. 100 Abs. 3 AVIG i. V. m. Art. 119 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 die Rekursinstanz am Ort des betroffenen Betriebes. Dieser liegt vorliegend im Kanton Basel-Landschaft. Nach § 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beurteilt das Kantonsgericht als Versicherungsgericht als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Versicherungsträger gemäss Art. 56 ATSG. Damit ist es auch sachlich zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 17. Juni 2021 ist demnach einzutreten.

2. Strittig und zu prüfen ist, ob die Kasse die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin auf KAE für B.____ und seine Ehefrau ab 18. Januar 2021 zu Recht abgelehnt hat.

2.1 Gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. a AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf KAE, wenn sie für die Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben. Für die Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig sind Arbeitnehmer, die nach dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember

1946 versichert und für Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit beitragspflichtig sind (Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG).

2.2 Keinen Anspruch auf KAE haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen ihres Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG). Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass Arbeitgeber und arbeitgeberähnliche Personen über eine unternehmerische Dispositionsfreiheit verfügen, durch die sie die Möglichkeit haben, die Voraussetzungen für einen Anspruch auf KAE für sich selbst herbeizuführen. So können sie insbesondere theoretisch auch alle nötigen Bescheinigungen selber ausstellen bzw. solche Bescheinigungen aus Gefälligkeit erlangen (REGINA JÄGGI, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, in: SZS 48/2004, S. 4). Mit der Regelung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG wollte der Gesetzgeber somit verhindern, dass arbeitgeberähnliche Personen allenfalls missbräuchlich eine KAE erhalten (GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, Bern 1988, Art. 31 N 35 ff.). Bereits das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG; seit 1. Januar 2008: Bundesgericht, Sozialrechtliche Abteilungen) hatte wiederholt betont, dass die Rechtsprechung zur arbeitgeberähnlichen Stellung nicht nur dem ausgewiesenen Rechtsmissbrauch an sich, sondern bereits dessen Risiko begegnen wolle (Urteile des EVG vom 15. März 2006, C 278/05, E. 2.3; vom 20. Februar 2007, C 151/06, E. 2, und vom 29. März 2007, C 32/06, E. 4.2). Damit genügt bereits die Möglichkeit eines Missbrauchs, um einen Leistungsausschluss zu rechtfertigen (REGINA JÄGGI, a.a.O., S. 6 ff.).

2.3 Die arbeitgeberähnliche Stellung kann auf drei Gründen beruhen: Auf der Eigenschaft als Gesellschafter, auf einer finanziellen Beteiligung am Betrieb oder auf der Teilhabe an der Betriebsleitung. Was insbesondere die Teilhabe an der Betriebsleitung betrifft, fallen nicht nur die formellen Organe eines Arbeitgebers unter den Begriff des Mitglieds eines obersten betrieblichen Gremiums. Es ist vielmehr von einem materiellen Organbegriff auszugehen, wonach jeweils im Einzelfall zu prüfen ist, welche Entscheidungsbefugnisse dem Betroffenen aufgrund der betrieblichen Struktur tatsächlich zukommen (BGE 122 III 225 E. 4b, 114 V 213). Massgebend ist mithin stets die faktische Einflussmöglichkeit im konkreten Betrieb. Die Grenze zwischen einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium und einer unteren Führungsebene lässt sich dabei nicht alleine anhand formaler Kriterien beurteilen. Insbesondere kann etwa aus einer Prokura allein noch nichts Zwingendes hinsichtlich der Stellung in ihrer Einflussmöglichkeit innerhalb des fraglichen Betriebs abgeleitet werden, weil damit nur die Verantwortlichkeit im Aussenbereich betroffen wird. So ist beispielsweise ein Vizedirektor, der in organisatorischer Hinsicht als Fachspezialist oder als Ressortchef fungiert, trotz seiner hierarchischen Stellung anspruchsberechtigt, da ihm im internen Verhältnis eine nur beschränkte Entscheidungsbefugnis zukommt (BGE 120 V 527). Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf das Beispiel eines einzelzeichnungsberechtigten Direktors eines Geldinstituts, dem die Anspruchsberechtigung ebenfalls zuerkannt worden war, weil ihm hinsichtlich der eigentlichen Geschäftsführung keine Kompetenzen zugestanden worden waren, und er im Kern lediglich für den Aufbau einer internen Vermögensverwaltung zuständig gewesen war (Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich

vom 16. Dezember 2009, AL.2009.00053). Ohne Bezugnahme auf die intern vorherrschenden Verhältnisse kann somit keine massgebliche Beeinflussung der Willensbildung im Betrieb abgeleitet werden (AVIG-Praxis ALE, Staatssekretariat für Wirtschaft seco, in der ab 1. Januar 2021 anwendbaren Fassung, Rz. B17 ff.).

2.4 Umgekehrt bleibt zu beachten, dass bei kleineren Betrieben mit wenig ausgeprägten Organisationsstrukturen unter Umständen ein massgebender Einfluss auf die Entscheidungen eines Unternehmens auch ohne formelle Zeichnungsberechtigung und ohne Handelsregistereintrag möglich ist. In jenen Einzelfällen muss eine tatsächliche und insbesondere auch massgebende Einflussnahme (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG) allerdings konkret nachgewiesen werden können (AVIG-Praxis ALE, Rz. B18). Die Frage, ob eine arbeitnehmende Person einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört, und ob sie in dieser Eigenschaft auch einen massgeblichen Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen besitzt, ist mithin gerade in diesen Fällen stets aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten (BGE 122 V 270 E. 3; ARV 2014 S. 222 E. 4.3.1). Keine Prüfung des Einzelfalles ist dann erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt. Dies gilt für die Gesellschafter einer GmbH (Art. 804 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR]) vom 30. März 1911) ebenso wie für die (mitarbeitenden) Verwaltungsräte einer AG, für die 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). Was die faktische Einflussnahme einer versicherten Person betrifft, kann ein massgebender Einfluss schliesslich auch nicht alleine aufgrund der ausgerichteten Lohnhöhe bejaht werden. So sah beispielsweise das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 22. März 2010 (AL 2008.00295) im Fall einer versicherten Person, deren Sohn Präsident des Verwaltungsrats und Geschäftsführer war, keinen Grund, eine arbeitgeberähnliche Stellung dessen Mutter anzunehmen, obschon der ihr entrichtete Monatslohn für Sekretariatsarbeiten mit Fr. 6'950.— relativ hoch bemessen und die Anspruchstellerin phasenweise gar die einzige Lohnbezügerin gewesen war (Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 22. März 2010, AL 2008.00295).

3. Im Rahmen der Bekämpfungsmassnahmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie hat der Bundesrat den Anwendungsbereich der Kurzarbeit in mehreren Etappen ausgeweitet. So bestimmt Art. 2 der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20. März 2020 (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung), dass in Abweichung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG 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 oder eingetragenen Partner oder Partnerinnen Anspruch auf KAE besitzen. Art. 2 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung wurde mit Wirkung per 1. Juni 2020 allerdings wieder aufgehoben (AS 2020 1777). Ab diesem Datum entfällt daher die grundsätzliche Anspruchsberechtigung des Personenkreises von Art. 2 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, und deren Anspruch richtet sich seither wieder ausschliesslich nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG.

4. Das Kantonsgericht besitzt in Sozialversicherungssachen die vollständige Überprüfungsbefugnis und ist in der Beweiswürdigung frei (§ 57 VPO in Verbindung mit Art. 61 Satz 1 ATSG; Art. 61 lit. c ATSG). Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache ausserdem nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (Urteil des Bundesgerichts vom 29. Januar 2009, 8C_552/2008, E. 2 mit Hinweis). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, schliesslich nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 126 V 360 E. 5b mit Hinweisen).

5.1 Den Akten zufolge hat die Kasse der A.____ GmbH mit E-Mail vom 10. Juni 2020 ursprünglich mitgeteilt, dass ab Juni 2020 die grundsätzliche Anspruchsberechtigung des Personenkreises von Art. 2 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung und damit der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab Juni 2020 entfallen werde (Kassen-Dok 19). Am 17. Dezember 2020 ist B.____ in der Folge als Gesellschafter und Geschäftsführer der A.____ GmbH aus dem Handelsregister gelöscht und an seiner Stelle sein Cousin C.____ als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift eingetragen worden (Kassen-Dok 33, Kassen-Dok 99). Am 18. Januar 2021 hat die A.____ GmbH bei der kantonalen Amtsstelle erneut um Bewilligung von Kurzarbeit ersucht (Kassen-Dok 36) und am 15. Februar 2021 für B.____ und seine Ehefrau die Ausrichtung von KAE ab 18. Januar 2021 beantragt (Kassen-Dok 45). Anders als noch anlässlich der ersten Anmeldung für März 2020, mit welcher für B.____ und seine Ehefrau eine monatliche Lohnsumme von je Fr. 4'150.— für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung deklariert worden war (Kassen-Dok 13), war Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG mittlerweile wieder anwendbar (oben, Erwägung 3). Damit hatte die Kasse nunmehr zu prüfen, ob namentlich B.____ eine arbeitgeberähnliche Stellung bei der A.____ GmbH einnimmt.

5.2 Zwischen den Parteien in diesem Zusammenhang zu Recht unbestritten geblieben ist die Tatsache, dass B.____ nach seiner Löschung aus dem Handelsregister am 17. Dezember 2020 keine formelle Organeigenschaft mehr in der A.____ GmbH zugekommen ist (Kassen-Dok 33). Weiter geht aus den Akten hervor, dass dessen Cousin C.____ am 6. Januar 2020 von B.____ das gesamte Stammkapital der A.____ GmbH übernommen und am 19. März 2020 hierfür fristgerecht die vertraglich geschuldete Kaufpreis-Zahlung von Fr. 50'000.— geleistet hat (Kassen-Dok 99; Kassen-Dok 78, Ziffer 1,4 und 2.2.1; Kassen-Dok 72). Damit fehlt es auch an allfälligen Hinweisen, dass B.____ an der A.____ GmbH weiterhin finanziell beteiligt ist. Als Form einer möglichen arbeitgeberähnlichen Stellung ist demnach ausschliesslich eine faktische Organschaft im Sinne einer massgebenden Einflussnahme auf die Betriebsleitung zu prüfen (oben, Erwägung 2.3). Während die Kasse der Auffassung ist, dass an der arbeitgeberähnlichen Stellung von B.____ nicht zu zweifeln sei, vertritt die Beschwerdeführerin den Standpunkt, dass ihm keinerlei Entscheidungskompetenz mehr zugekommen sei.

5.2.1 Hinsichtlich der Betriebsverhältnisse handelt es sich bei der A.____ GmbH um einen Kleinbetrieb, der nebst dem neuerdings geschäftsführenden Gesellschafter C.____ lediglich B.____ und dessen Ehefrau beschäftigt. Mit Blick auf das Organigramm der A.____ GmbH (Kassen-Dok 34) ist mithin von einer Gesellschaft mit wenig ausgeprägten Organisationsstrukturen auszugehen. Die in den Akten befindliche Lohnbuchhaltung weist einzig B.____ und seine Ehefrau als Angestellte der A.____ GmbH auf (Kassen-Dok 53). Damit ist davon auszugehen, dass die Ehegatten A.____ das operative Geschäft der Gesellschaft auch weiterhin alleine führen, demgegenüber C.____ in der Eigenschaft als neuer Geschäftsführer der A.____ GmbH offenbar kein Salär erzielt (Kassen-Dok 98). Die Beschwerdeführerin wendet hiergegen ein, dass der fehlende Lohnbezug von C.____ nicht mit dessen fehlender Arbeitsleistung gleichzusetzen sei, und dass C.____ seinen Verdienst auch an seine zweite Firma D.____ GmbH überweisen und sich seinen Lohn anschliessend von der D.____ GmbH auszahlen lassen könne. Einen entsprechenden Nachweis, dass er zumindest auf diese Weise einen allfälligen Lohn als Geschäftsführer der A.____ GmbH beziehen würde, liegt indessen nicht vor. Auf die Frage, welche Tätigkeiten er als Geschäftsführer konkret ausübe (Kassen-Dok 147), gab C.____ sodann lediglich an «alles, was der Geschäftsführer tut» (Kassen-Dok 149). Diese unkonkrete und letztlich nichtssagende Antwort lässt vermuten, dass er die Funktion des Geschäftsführers nicht wahrnimmt, andernfalls er in der Lage gewesen wäre, konkrete Tätigkeiten näher zu benennen. Nachweislich der Akten überzeugt es damit nicht, dass C.____ als Geschäftsführer alleine operativ tätig ist. Als einzige konkrete Tätigkeit in seiner Funktion als Geschäftsführer nennt er die Durchführung von Bewerbungsgesprächen und die Anstellung von weiterer Angestellten (Kassen-Dok 137, Kassen-Dok 149). Bezeichnenderweise liegen für tatsächlich geführte Bewerbungsgespräche oder für allfällige Anstellungen indessen ebenfalls keine Nachweise in den Akten.

5.2.2 Für den Umstand, dass B.____ zumindest faktisch auch weiterhin einen wesentlichen Einfluss auf den Geschäftsgang der A.____ GmbH hat, spricht ferner, dass er als einziger Mitarbeiter mit Leitungsfunktion (Kassen-Dok 79, Kassen-Dok 98) über die fachliche Kompetenz, die Berufserfahrung sowie insbesondere auch über die formelle Berufsbewilligung als Versicherungsvermittler verfügt (Kassen-Dok 159). Sein um drei Jahre jüngerer Cousin C.____ (Kassen-Dok 99) verfügt demgegenüber nicht nur über eine geringere Berufserfahrung, sondern hat mit einer abgebrochenen Ausbildung als Montage-Elektriker und einer Ausbildung als Reifenpraktiker zweifelsohne noch keine ausreichenden Kenntnisse im Finanz- und Versicherungsbereich (Kassen-Dok 160). Dass er nun offenbar eine Ausbildung als Versicherungsbroker begonnen hat (Kassen-Dok 86), ändert nichts an dieser Tatsache. Dafür, dass vielmehr B.____ nach wie vor einen massgebenden Einfluss in der A.____ GmbH innehat, spricht auch die Tatsache, dass er als Angestellter der A.____ GmbH weiterhin an einen inhaltlich identischen Arbeitsvertrag gebunden ist wie zuvor noch in der Eigenschaft als Geschäftsführer und namentlich auch den gleich hohen Lohn wie schon zuvor erzielt. Offensichtlich wurde sein alter Arbeitsvertrag vom 25. November 2019, den er sich in seiner vorangehenden Eigenschaft als Gesellschafter und Geschäftsführer ursprünglich selbst erstellt hatte (Kassen-Dok 79 f.), nach dem Wechsel der Inhaberschaft auf C.____ einzig mit einem fünfjährigen faktischen Kündigungsschutz ergänzt (Kassen-Dok 81, Ziffer 8). Die arbeitsvertragliche Stellung von B.____ erweist sich im Ergebnis mit seiner früheren Stellung als Inhaber und Geschäftsführer deshalb als kongruent. Dass sich B.____ nachweislich der Akten seinen neuen Arbeitsvertrag ausserdem selbst aufgesetzt hat, ergibt sich sodann nicht

nur aus dem gleichen Design, sondern mit Ausnahme eines neu fünfjährigen Kündigungsschutzes auch aus dem identischen Wortlaut der beiden Arbeitsverträge. Namentlich unverändert geblieben sind wie erwähnt nicht nur der vereinbarte Lohn, sondern auch das bisherige Arbeitspensum im Umfang von 45 Stunden pro Woche. Gemäss dem aktuellen Arbeitsvertrag vom 28. Dezember 2020 ist B.____ insbesondere auch unverändert als Berater mit «Leiterfunktion» angestellt (Kassen-Dok 82). Damit aber ist davon auszugehen, dass sich in Bezug auf dessen Tätigkeit letztlich keine Änderungen ergeben haben. Als haltlos erweist sich in diesem Zusammenhang der Einwand der Beschwerdeführerin, B.____ habe sich durch den Verkauf der A.____ GmbH von der Geschäftsführung entlasten wollen, um mehr Zeit für die Leitung seiner übrigen Gesellschaften und Firmen zu haben. Hätte er sich wirklich entlasten wollen, so hätte er aber sein Pensum reduziert, was gemäss dem aktuell gültigen Arbeitsvertrag gerade nicht der Fall ist. Die Beibehaltung seiner Leitungsfunktion spricht im Gegenteil gerade dafür, dass B.____ faktisch nach wie vor die Geschäftsführung der A.____ GmbH ausübt. Belegt wird dieser Umstand durch die Tatsache, dass B.____ im Antrag auf KAE für den Monat Mai 2020 explizit weiterhin als «CEO» deklariert worden ist, obschon er am 6. Januar 2020 das gesamte Stammkapital der A.____ GmbH bereits an seinen Cousin übertragen und die Firma mithin bereits verkauft hatte (Kassen-Dok 78). Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass C.____ gemäss eigenen Angaben bereits im Vollzeitpensum die D.____ GmbH führt (Kassen-Dok 96). Alleine schon deshalb verfügt sein Cousin über einen grossen Gestaltungsfreiraum bei seiner Tätigkeit für die A.____ GmbH, demgegenüber C.____ den eigenen Aussagen zufolge selbst physisch kaum präsent ist (Kassen-Dok 96).

5.3 Insgesamt besteht damit zweifellos eine gewisse Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsablaufs durch C.____, womit B.____ zumindest mitzubestimmen in der Lage ist, ob genügend Arbeit vorhanden oder ob allenfalls für sich oder seine Ehefrau als einzige Angestellte KAE zu beantragen ist. Damit einher geht eine faktische Organstellung von B.____. Durch dessen Mitverantwortung in der A.____ GmbH liegt jedenfalls ein Sachverhalt vor, bei welchem B.____ unbesehen seiner neuerlichen Anstellung per Ende Dezember 2020 insbesondere auch mit Blick auf die Inanspruchnahme einer allfälligen KAE namentlich über eine Reduktion seines eigenen Arbeitspensums hat entscheiden können. Zusammenfassend kommt ihm ab Januar 2021 demnach weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung in der A.____ GmbH zu. Daraus wiederum resultiert, dass er und seine mitarbeitende Ehefrau gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf KAE ausgeschlossen sind. Die Beschwerde ist bei diesem Ergebnis abzuweisen.

6. Es verbleibt, über die Kosten zu befinden. Gemäss Art. 61 lit. f ^{bis} ATSG in der ab 1. Januar 2021 geltenden Fassung hat der Prozess vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein. Es sind demnach für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Die ausserordentlichen Kosten sind wettzuschlagen. Auf die Ausrichtung einer Parteientschädigung ist infolge Unterliegens der Beschwerdeführerin zu verzichten.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

://:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.