



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 12. Juli 2021 (715 21 93 / 192)

Arbeitslosenversicherung

Ablehnung der Anspruchsberechtigung, weil der Versicherte über die Kündigung hinaus Verwaltungsratsmitglied war und somit eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte.

_____ Besetzung Präsident Dieter Freiburghaus, Gerichtsschreiberin i. V. Reyhan Zetler

_____ Parteien A._____, Beschwerdeführer

gegen

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

_____ Betreff Ablehnung der Anspruchsberechtigung

A. Der 1972 geborene A.____ war ab dem 1. Januar 2009 bei der B.____ AG als Geschäftsführer im Vollpensum angestellt. Mit Aufhebungsvertrag vom 31. August 2020 wurde das Arbeitsverhältnis in gegenseitigem Einvernehmen gleichentags aufgelöst. In der Folge meldete er sich am 31. August 2020 bei der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Basel-Landschaft (Arbeitslosenkasse) zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. September 2020 an. Mit Verfügung vom 4. Dezember 2020 lehnte die Arbeitslosenkasse für die Zeit vom 14. September 2020

bis 26. Oktober 2020 eine Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung ab. Dies begründete sie im Wesentlichen damit, dass der Versicherte als Verwaltungsratsmitglied über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses hinaus eine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe. Folglich sei der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erst ab dem 27. Oktober 2020 entstanden, nachdem die B._____ am 26. Oktober 2020 dem Handelsregisteramt des Kantons Basel-Landschaft (Handelsregisteramt) seine Demission als Verwaltungsratsmitglied bekanntgegeben und die Löschung des Handelsregistereintrags beantragt hatte. Eine dagegen erhobene Einsprache wies die Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 22. Januar 2021 ab.

B. Mit Eingabe vom 18. Februar 2021 erhob A._____ Beschwerde beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht) und beantragte sinngemäss, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und es sei ihm bereits ab dem 1. September 2020 ein Anspruch auf Arbeitslosentaggelder zu bejahen. Er führte im Wesentlichen aus, dass das Arbeitsverhältnis bereits per 31. August 2020 aufgelöst worden sei und er alle Anspruchsvoraussetzungen für eine Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. September 2020 erfülle.

C. Die Beschwerdegegnerin schloss in ihrer Vernehmlassung vom 26. April 2021 auf Abweisung der Beschwerde.

Der Präsident zieht **in Erwägung** :

1. Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 in Verbindung mit den Art. 56 und 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 kann gegen Einspracheentscheide aus dem Bereich der Arbeitslosenversicherung Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden. Örtlich zuständig ist nach Art. 100 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 128 Abs. 1 sowie Art. 119 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem die versicherte Person zur Zeit des Verfügungserlasses die Kontrollpflicht erfüllt. Vorliegend erfüllt der Beschwerdeführer die Kontrollpflicht im Kanton Basel-Landschaft, weshalb die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts zu bejahen ist. Laut § 54 Abs. 1 lit. a des 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. Es ist somit auch sachlich zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Auf die im Übrigen frist- und unter Berücksichtigung der geringeren, an Eingaben von juristischen Laien zu stellenden Anforderungen auch formgerecht erhobene Beschwerde vom 18. Februar 2021 ist einzutreten.

2. Streitig und zu prüfen ist, ob die Arbeitslosenkasse berechtigt war, die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers für die Zeit vom 14. September 2020 bis 26. Oktober 2020 abzulehnen.

3.1 Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt nach Art. 8 Abs. 1 AVIG voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 10), einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 11), in der Schweiz wohnt (Art. 12), die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht, die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (Art. 13 und 14), vermittlungsfähig ist (Art. 15) und die Kontrollvorschriften erfüllt (Art. 17).

3.2 Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist die arbeitslose Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört demnach nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 125 V 58 E. 6a, 123 V 216 E. 3, je mit Hinweis; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2016, Rz. 270).

3.3 Laut 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, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass Arbeitgeber und arbeitgeberähnliche Personen über eine unternehmerische Dispositionsfreiheit verfügen, kraft derer sie die Möglichkeit haben, die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung selbst herbeizuführen. So können sie insbesondere auch die dafür nötigen Bescheinigungen selber ausstellen bzw. solche Bescheinigungen aus Gefälligkeit erlangen (vgl. 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 missbräuchlich Kurzarbeitsentschädigung erhalten.

3.4 Für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung gibt es keine dem Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG entsprechende, unmittelbar anwendbare Norm. Wie das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG, ab 1. Januar 2007: Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen) im Grundsatzentscheid 123 V 234 ff. erwog, kann Kurzarbeit nicht nur in einer Reduktion der Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass der Betrieb für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt wird. Solange ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung mit der betreffenden Unternehmung deshalb noch in einem Arbeitsverhältnis steht, hat er aufgrund der Ausschlussbestimmung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Wird dieses Arbeitsverhältnis hingegen gekündigt, so gilt die arbeitgeberähnliche Person nach den Erwägungen im zitierten Entscheid nunmehr als arbeitslos und kann somit unter den Voraussetzungen der Art. 8 ff. AVIG Arbeitslosenentschädigung beanspruchen. Behält sie nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb jedoch bei und kann sie dadurch dessen Entscheidungen weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, so läuft die Beanspruchung von Arbeitslo-

senentschädigung gemäss der Auffassung des höchsten Gerichts auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, und es besteht auch bei grundsätzlich gegebenen Voraussetzungen nach Art. 8 ff. AVIG kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Das EVG begründete den Umgehungstatbestand im erwähnten Entscheid damit, dass die arbeitgeberähnliche Person über die Dispositionsfreiheit verfüge, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 29. März 2007, C 32/06, E. 4.2). Andererseits könne dann nicht mehr von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen werde und das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung definitiv sei, oder wenn das Unternehmen zwar weiter fortbestehe, die arbeitgeberähnliche Person jedoch mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliere, wegen derer sie bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre (BGE 123 V 238 f. E. 7b/bb). In seiner nachfolgenden Judikatur betonte das EVG wiederholt, dass die Rechtsprechung zur arbeitgeberähnlichen Stellung nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern bereits dem Risiko eines solchen begegnen wolle (Urteil des EVG vom 15. März 2006, C 278/05, E. 2.3 und die Urteile des Bundesgerichts vom 20. Februar 2007, C 151/06, E. 3 und vom 29. März 2007, C 32/06, E. 4.2). Im Anwendungsbereich von Art. 31 Abs. 3 AVIG ist deshalb nicht individuell für den Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich eine rechtsmissbräuchliche Absicht besteht; vielmehr genügt bereits die Möglichkeit eines solchen Missbrauchs, um einen Leistungsausschluss zu rechtfertigen (vgl. REGINA JÄGGI, a.a.O., S. 6 ff.).

3.5 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 (THOMAS NUSSBAUMER, a.a.O., Rz. 463). 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 227 E. 4b; 114 V 214). Massgebend ist mithin die faktische Einflussmöglichkeit im konkreten Betrieb. Die Grenze zwischen einem obersten, betrieblichen Entscheidgremium und der unteren Führungsebene lässt sich dabei nicht alleine anhand formaler Kriterien beurteilen. Insbesondere kann etwa aus der Prokura noch nichts Zwingendes hinsichtlich der Stellung und ihrer Einflussmöglichkeit innerhalb des fraglichen Betriebs abgeleitet werden, weil damit nur die Verantwortlichkeiten im Aussenverhältnis betroffen werden. 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 der internen Vermögensverwaltung zuständig gewesen war (Entscheid des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 16. Dezember 2009, AL 2009.00053).

3.6 Zu beachten bleibt umgekehrt, 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 immer auch massgebende Einflussnahme (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG) allerdings konkret nachgewiesen werden können. 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 (BGE 122 V 270 E. 3). Keine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt. In diesem Sinne hat das Bundesgericht den mitarbeitenden Verwaltungsrat einer AG, für welchen das Gesetz in der Eigenschaft als Verwaltungsrat in Art. 716-716b des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) verschiedene, nicht übertrag- und entziehbare, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmende oder massgeblich beeinflussende Aufgaben vorschreibt, vom Leistungsanspruch generell ausgeschlossen (BGE 123 V 234 E. 7a).

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 sodann 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, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisforderungen 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 Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer vom 1. Januar 2009 bis 31. August 2020 bei der B.____ AG angestellt war. Er war dort sodann seit Juli 2011 und über den 31. August 2020 hinaus weiterhin Verwaltungsratsmitglied mit Kollektivunterschrift zu zweien. Anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 26. Oktober 2020, bei der der Versicherte Protokollführer war, gab er seine Demission als Verwaltungsrat bekannt. In der Folge wurde gleichentags das Handelsregisteramt mit Einschreiben darüber in Kenntnis gesetzt und die Löschung seines Namens aus dem Handelsregister beantragt.

5.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er bereits per 1. September 2020 nicht mehr bei der B.____ AG angestellt gewesen sei. Weiter weist er auf ein Schreiben an die Generalversammlung der B.____ AG vom 10. September 2020 hin, worin er seinen Rücktritt aus dem Verwaltungsrat mit sofortiger Wirkung bekanntgab. Demzufolge habe er ab dem 1. September 2020 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

5.3 Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, der ebenfalls auf den Bereich der Arbeitslosenentschädigung anwendbar ist (siehe oben, E. 3.4), haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter oder als Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums fungieren, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (siehe oben, E. 3.3). Vorliegend war der Beschwerdeführer nach Beendigung seines Anstellungsverhältnisses über den 31. August 2020 hinaus Verwaltungsrat bei der B._____ AG. Weil sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis im Unternehmen in dieser Konstellation aus dem Gesetz (Art. 716-716b OR) ergibt, ist keine Prüfung im Einzelfall erforderlich (E. 3.6). Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht darauf hinweist, ist mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses noch nichts über die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung entschieden (AVIG-Praxis ALE, Januar 2021 B25 ff.). Somit konnte der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht bereits ab dem 1. September 2020 entstehen, da der Beschwerdeführer trotz Aufgabe seines Anstellungsverhältnisses weiterhin als Verwaltungsrat eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte.

Gemäss AVIG-Praxis können folgende Konstellationen als Kriterium eines definitiven Ausscheidens aus einer arbeitgeberähnlichen Stellung gegeben sein: Auflösung, Konkurs oder Verkauf des Betriebs, Verkauf der finanziellen Beteiligung mit Wegfall der arbeitgeberähnlichen Stellung oder Kündigung mit gleichzeitigem Verlust der arbeitgeberähnlichen Stellung (AVIG-Praxis ALE, Januar 2021, B27). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung erweist sich der Handelsregistereintrag als wichtiges und praktisches Kriterium, weshalb grundsätzlich erst mit der Löschung des Eintrags der arbeitgeberähnlichen Person für Drittpersonen erstellt ist, dass die Person definitiv aus der Firma ausgetreten ist bzw. die arbeitgeberähnliche Stellung verloren hat (Urteil des Bundesgerichts vom 8. Juni 2004, C 110/03, E. 2.1). Zu beachten ist jedoch, dass der tatsächliche Rücktritt, der unmittelbar wirksam wird, massgebend ist (Urteil des Bundesgerichts vom 22. Februar 2008, 8C_245/2007, E. 3.2). Vorliegend nahm der Beschwerdeführer trotz seines mit Schreiben vom 10. September 2020 angeblich mit sofortiger Wirkung erklärten Rücktritts weiterhin in seiner Funktion als Verwaltungsrat an der ausserordentlichen Generalversammlung am 26. Oktober 2020 teil und gab dort seine Demission bekannt. Gleichentags erfolgte die Meldung an das Handelsregisteramt. Aus dem Gesagten folgt, dass das Schreiben vom 10. September 2020 weder intern noch extern Wirkung entfaltete, vielmehr der Beschwerdeführer bis zur ausserordentlichen Generalversammlung am 26. Oktober 2020 als Verwaltungsrat fungierte, weshalb sich die Arbeitslosenkasse zu Recht auf das Protokoll der Generalversammlung vom 26. Oktober 2020 und das gleichentags erfolgte Einschreiben mit Bekanntgabe der Demission an das Handelsregisteramt stützte. Die Zuspreehung von Arbeitslosentaggeldern ab dem 27. Oktober 2020 ist demnach nicht zu beanstanden, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

6. Gemäss Art. 61 lit. f^{bis} ATSG ist das Verfahren bei Streitigkeiten über Leistungen kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist. Sieht das Einzelgesetz keine Kostenpflicht vor, kann das Gericht einer Partei, die sich mutwillig oder leichtsinnig verhält, Gerichtskosten auferlegen. Da das AVIG keine Kostenpflicht vorsieht und sich die Parteien weder mutwillig noch leichtsinnig verhalten haben, sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

Gegen diesen Entscheid wurde am 10. August 2021 Beschwerde beim Bundesgericht (Verfahren-Nr. [8C 522/2021](#)) erhoben.

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>