Kantonsgericht
Basel-Landschaft
Abteilung Sozialversicherungsrecht

Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 13. November 2014 (715 11 183 / 275)

Arbeitslosenversicherung

Ablehnung der Anspruchsberechtigung; arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers verneint

Besetzung	Vizepräsident Christof Enderle, Kantonsrichter Jgnaz Jermann, Kantonsrichter Daniel Noll, Gerichtsschreiber Pascal Acrémann
Parteien	**A.____**, Beschwerdeführer, vertreten durch Jacques Butz, Advokat, Dorfplatz 2, Postfach 8, 4123 Allschwil 2 gegen **Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland**, Bahnhofstrasse 32, Postfach, 4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin
Betreff	Ablehnung der Anspruchsberechtigung / Rückforderung

A.1 Der 1945 geborene A.____ war seit 1981 bei der B____AG als Werbeberater angestellt. Am 30. Oktober 2006 kündigte die B____AG das Arbeitsverhältnis per 31. Januar 2007. Am 2. Februar 2007 meldete sich A.____ bei seiner Wohngemeinde zur Arbeitsvermittlung und am 16. Januar 2007 bei der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Baselland (Arbeitslosenkasse) zum

Bezug von Taggeldern ab 1. Februar 2007 an. Die Arbeitslosenkasse eröffnete ab 1. Februar 2007 eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug und erbrachte in der Folge die gesetzlichen Leistungen.

A.2 Am 8. April 2010 erliess die Arbeitslosenkasse die Verfügung Nr. 475/2010, mit welcher sie die Anspruchsberechtigung von A.____ rückwirkend ab 1. Februar 2007 ablehnte. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, es sei davon auszugehen, dass A.____ weiterhin Geschäftsführer der B____AG gewesen sei und in dieser Funktion jederzeit die Möglichkeit gehabt habe, sich erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Es komme ihm deshalb eine arbeitgeberähnliche Stellung zu. In analoger Anwendung der vom Bundesgericht entwickelten Praxis im Bereich des Ausschlusses von Selbstständigen und von arbeitgeberähnlichen Personen sei deshalb ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen. Mit einer weiteren Verfügung (Nr. 107/2010) vom 8. April 2010 forderte die Arbeitslosenkasse von A.____ zu Unrecht bezogene Versicherungsleistungen im Umfang von insgesamt Fr. 97‘299.-- zurück. Daran hielt sie auch auf Einsprache hin mit Entscheid vom 31. März 2011 fest.

B. Hiergegen erhob A.____, vertreten durch Advokat Jacques Butz, am 16. Mai 2011 Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht). Er beantragte, in Aufhebung des Einspracheentscheids vom 31. März 2011 sei ihm ab 1. Februar 2007 für die maximale Dauer eine lückenlose Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung zuzuerkennen; unter o/e-Kostenfolge. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte er die Durchführung einer Parteiverhandlung mit Partei- und Zeugenbefragung. Zur Begründung liess er im Wesentlichen ausführen, dass ihm im relevanten Zeitraum keine materielle Organstellung zugekommen sei. Ein allfälliger Rückforderungsanspruch sei ohnehin spätestens Ende März 2008 verwirkt.

C. In ihrer Vernehmlassung vom 17. August 2011 schloss die Arbeitslosenkasse unter o/e-Kostenfolge auf Abweisung der Beschwerde.

D. Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels (Replik vom 5. Dezember 2011; Duplik vom 7. März 2012) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest.

E. Am 9. November 2012 reichte die Arbeitslosenkasse Strafanzeige gegen A.____ wegen zu Unrecht erwirkter Leistungen der Arbeitslosenversicherung, eventualiter wegen Betrugs ein. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2013 stellte die Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft das Strafverfahren in Anwendung von Art. 319 Abs. 1 lit. a und d (kein Tatverdacht erhärtet, der eine Anklage rechtfertigt; Prozessvoraussetzungen definitiv nicht erfüllt oder Prozesshindernisse aufgetreten) der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO) ein.

F. An der heutigen Parteiverhandlung nahmen der Beschwerdeführer, Advokat Butz, Caroline Roth-Scheck als Vertreterin der Arbeitslosenkasse und als Zeugen resp. Auskunftspersonen C.____ und D.____ teil. Die Parteien hielten an ihren Rechtsbegehren fest. Auf die während der Verhandlung gemachten Vorbringen wird – soweit notwendig – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Kantonsgericht zieht **i n E r w ä g u n g** :

1. Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (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. Nach Art. 100 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit den Art. 128 Abs. 1 und 119 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 richtet sich die örtliche Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts für die Beurteilung von Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Arbeitslosenkassen, welche die Arbeitslosenentschädigung betreffen, nach dem Ort, wo die versicherte Person die Kontrollpflicht erfüllt. Vorliegend hat der Beschwerdeführer die Kontrollpflicht im Kanton Basel-Landschaft erfüllt, 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 formgerecht erhobene Beschwerde vom 16. Mai 2011 ist einzutreten. Soweit der Beschwerdeführer jedoch gemäss Ziffer 2 seines Rechtsbegehrens die Zuerkennung von Leistungen beantragt, erweist sich dieses Rechtsbegehren als überflüssig: Wird der angefochtene Einspracheentscheid aufgehoben, ist keine (erneute) Bejahung der Anspruchsberechtigung erforderlich. Folglich ist auf Ziffer 2 des Rechtsbegehrens nicht einzutreten.

2. Streitig und zu prüfen ist, ob die Arbeitslosenkasse im angefochtenen Einspracheentscheid zu Recht die Anspruchsberechtigung des Versicherten rückwirkend ab 1. Februar 2007 abgelehnt und die ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 97‘299.-- zurückgefordert hat.

3.1 Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt nach Art. 8 Abs. 1 AVIG unter anderem voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos (lit. a) sowie vermittlungsfähig ist (lit. f). Als ganz arbeitslos gilt gemäss Art. 10 Abs. 1 AVIG, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht. Als teilweise arbeitslos gilt hingegen, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht oder eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 2 AVIG). Vermittlungsfähig nach Art. 15 Abs. 1 AVIG ist, wer bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG).

3.2 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, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Der Grund für diese Re-

gelung 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.

3.3 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 Arbeitslosenentschädigung 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, weshalb sie bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre (vgl. BGE 123 V 238 f. E. 7b/bb). In seiner nachfolgenden Judikatur strich das EVG wiederholt heraus, dass die Rechtsprechung zur arbeitgeberähnlichen Stellung nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern bereits dem Risiko eines solchen begegnen wolle (vgl. 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.).

3.4 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 (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, Basel/Genf/München 2007, Rz. 463). Was insbesondere die Teilhabe an der Betriebsleitung betrifft, fallen nicht nur die formellen Organe eines Arbeitgebers unter den Betriff 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 (vgl. 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 (vgl. 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 (vgl. Entscheid des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 16. Dezember 2009, AL 2009.00053).

3.5 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 (vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG) allerdings konkret nachgewiesen werden können. Das EVG bejahte beispielsweise eine arbeitgeberähnliche Stellung des im väterlichen Baugeschäft mitarbeitenden Sohnes, der jeweils Offerten für Baumeisterarbeiten erstellt, Aufträge für Bankbürgschaften erteilt und auch eine Kündigung eines leitenden Mitarbeiters ausgesprochen und Arbeitgeberbescheinigungen zu Handen der zuständigen Arbeitslosenkasse ausgestellt hatte (vgl. Urteil des EVG vom 27. August 2003, C 273/01, E. 4). Was die faktische Einflussnahme einer versicherten Person betrifft, kann ein massgebender Einfluss allerdings nicht schon alleine aufgrund der verwandtschaftlichen Verhältnisse bejaht werden. So verneinte beispielsweise das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 13. August 2008 (AL 2008.00169) das Vorliegen einer massgebenden Einflussnahme der Mutter, die ihre Stammeinlagen auf ihre beiden Söhne übertragen hatte, mit der Argumentation, dass aufgrund der konkreten Verhältnisse keine Mitbeteiligung dargetan sei. Auch im Fall einer versicherten Person, deren Sohn Präsident des Verwaltungsrats und Geschäftsführer war, sah das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich keinen Grund, aufgrund verwandtschaftlicher Verflechtungen eine arbeitgeberähnliche Stellung der 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 (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 22. März 2010, AL 2008.00295).

3.6 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung darf auch nicht in dem Sinn verstanden werden, dass Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung stets und schlechthin vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen wären (vgl. Urteile des EVG vom 14. April 2005, C 194/03, E. 2.3 und vom 6. Oktober 2000, C 16/00, E. 2b). Insbesondere könne dann nicht mehr von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen werde und das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung mithin definitiv sei. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiterbestehe, die arbeitgeberähnliche Person jedoch mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliere, deretwegen sie bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre (vgl. BGE 123 V 238 E. 7b/bb).

4. Gemäss Art. 95 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 i.V.m. Art. 25 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 ist die Arbeitslosenkasse verpflichtet, zu Unrecht ausbezahlte Versicherungsleistungen vom Empfänger zurückzufordern. Eine aufgrund einer formell rechtskräftigen Verfügung ausgerichtete Leistung ist nur zurückzuerstatten, wenn entweder die für die Wiedererwägung oder für eine prozessuale Revision erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 129 V 110 E. 1, 126 V 399 E. 1, je mit Hinweisen). Die für die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen massgebenden Voraussetzungen gelten auch mit Bezug auf die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Geldleistungen der Arbeitslosenversicherung, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind (BGE 129 V 110 E. 1.1 mit Hinweisen).

5. Das Kantonsgericht besitzt in Sozialversicherungssachen die vollständige Überprüfungsbefugnis und ist in der Beweiswürdigung frei (vgl. § 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 (vgl. MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984, S. 136). 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 Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (vgl. BGE 126 V 360 E. 5b mit Hinweisen).

6. Im vorliegenden Fall stellt sich der rechtserhebliche Sachverhalt wie folgt dar: Im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 16. Januar 2007 wies der Versicherte darauf hin, dass er von 1981 bis Ende Januar 2007 für die B____AG tätig gewesen sei. Als Grund für die Kündigung gab er die schlechte Auftragslage und die Ausrichtung der Firma in einen anderen Tätig-

keitsbereich an. Diese Angaben stimmen inhaltlich mit denjenigen in der Arbeitgeberbescheinigung vom 6. Februar 2007 überein. Auch im Kündigungsschreiben vom 30. Oktober 2006 wird nebst wirtschaftlichen Gründen auf die Neuausrichtung der Tätigkeitsbereiche hingewiesen. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Akten zwei unterschiedlich ausgefüllte Exemplare des Antragsformulars vom 16. Januar 2007 enthalten. So bleibt unklar, ob der Beschwerdeführer die Frage, ob er oder seine Ehefrau am Betrieb beteiligt oder in leitender Funktion waren, bejahte. Dasselbe gilt für die Frage, ob er weiterhin bei der Vorsorgeeinrichtung seines letzten Arbeitgebers versichert sei. Dieser Umstand ist indes – wie die nachstehenden Ausführungen aufzeigen – nicht entscheidrelevant. Der Publikation des Schweizerischen Handelsamtsblattes (SHAB) Nr. 138 vom 19. Juli 2005 ist weiter zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer bereits per 13. Juli 2005 aus dem Verwaltungsrat der B____AG ausgeschieden und an dessen Stelle sein Sohn C.____ eingetreten war. Im Rahmen des rechtlichen Gehörs vom 28. Januar 2010 hielt der Beschwerdeführer fest, dass er die B____AG eigentlich habe auflösen wollen. Sein Sohn C.____ habe aber die Firma übernehmen wollen. Das Wohn- und Steuerdomizil von C.____ sei ebenfalls in X.____. Er arbeite aber seit dem Jahr 2008 für ein Unternehmen in Y.____. Dabei verrichte er Arbeiten für die B____AG und sei als freier Journalist tätig. Als Vater leite er die Post für seinen Sohn weiter. Dass sein Name immer noch auf der Homepage der Firma erscheine, liege darin begründet, dass C.____ die Homepage nie aktualisiert habe. Auch die im Handelsregister aufgeführte Adresse der B____AG stimme schon lange nicht mehr. In der Aktennotiz vom 3. Februar 2010 hielt die Leiterin Ressort Arbeitslosenentschädigung der Arbeitslosenkasse fest, dass gemäss Auskunft der Steuerbehörde die Tochter des Beschwerdeführers, E.____, 50 Aktien der Firma B____AG mit einem Wert von Null besitze. Sie habe in den Jahren 2007 und 2008 bei der Firma F____AG (Pensum 100%) gearbeitet. C.____ besitze ebenfalls 50 Aktien mit einem Wert von Fr. 12‘000.--. Gegenüber der Steuerbehörde habe er angegeben, dass er in den Monaten Februar 2008 bis Dezember 2008 im Ausland (Y.____) gewesen sei und dort ein Einkommen von Fr. 19‘500.-- erzielt habe. Weiter habe er im Jahr 2008 bei seiner Tätigkeit für die Versicherung G.____ ein Einkommen von Fr. 5‘000.-- und im Jahr 2007 bei der Firma H.____ ein solches von Fr. 25‘900.-- erzielt. Das von der B____AG erzielte Jahresgehalt betrage Fr. 1‘500.--.

In der Aktennotiz vom 8. Februar 2010 hielt die Leiterin Ressort Arbeitslosenentschädigung der Arbeitslosenkasse weiter fest, die Sachbearbeiterin der Pensionskasse der B____AG habe ihr bestätigt, dass der Beschwerdeführer bis 31. Januar 2010 bei der B____AG angestellt gewesen sei und ab 1. Januar 2007 einen Verdient von Fr. 25‘000.-- erzielt habe. Der Pensionskasse sei nicht bekannt gewesen, dass der Beschwerdeführer seit dem 1. Februar 2007 aus der B____AG ausgetreten sei und seither Arbeitslosenentschädigung bezogen habe. Versichert werden könnten nur Angestellte. Weiter ist aus dem Schreiben der Pensionskasse vom 26. November 2009 ersichtlich, dass der Beschwerdeführer sein Gehalt für das Jahr 2010 mit Fr. 25‘000.-- bezifferte. Dem Auszug aus dem Individuellen Konto (IK) des Beschwerdeführers ist zu entnehmen, dass er in den Monaten Januar bis April 2005 bei der B____AG einen AHV-pflichtigen Lohn von Fr. 27‘674.-- erzielt hat. Spätere Einträge bestünden nicht. In einer weiteren Aktennotiz vom 8. Februar 2010 hielt die Leiterin Ressort Arbeitslosenentschädigung fest, dass nach Angaben der Ausgleichskasse C.____ bei der B____AG im Jahr 2007 ein Einkom-

men von Fr. 1‘450.-- erzielt habe. Im den Jahren 2006 und 2008 sei kein Einkommen abgerechnet worden. Das Einkommen für das Jahr 2009 sei noch offen.

Am 10. Februar 2010 forderte die Arbeitslosenkasse C.____ zur Stellungnahme auf. Am 2. März 2010 liess sich dieser, vertreten durch den Beschwerdeführer, vernehmen und führte im Wesentlichen aus, dass die B____AG bis 19. Juli 2005 vom Beschwerdeführer geführt und nach aussen vertreten worden war. Ab 20. Juli 2005 habe er diese Aufgaben übernommen. Der Beschwerdeführer sei bis 10. Juli 2007 Geschäftsführer (Inhaber) der Firma und ab 20. Juli 2005 bis zur Kündigung des Arbeitsvertrages als Grafiker angestellt gewesen. Heute sei er – C.____ - Verwaltungsrat. Zudem sei er freier Journalist und arbeite für diverse Zeitungen, knüpfe Kontakte und entwickle ein neues Businessmodell für die B____AG. Zurzeit befinde er sich im Ausland. Er sei erst ab dem 22. Juni 2010 wieder in der Schweiz. Weiter liess C.____ ausführen, dass die B____AG über kein Organigramm verfüge. Personalakten würden ebenfalls nicht bestehen. Zudem würden keine eigentlichen Lohnabrechnungen existieren. Die entsprechenden Zahlen seien aber aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtlich. Beim Austritt des Beschwerdeführers aus der B____AG sei eine Endabrechnung erstellt worden. Der Beschwerdeführer sei auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Vorsorgeeinrichtung der B____AG verblieben, da ihm diese Aufträge in Aussicht gestellt habe, die von ihm im Sinne eines Zwischenverdienstes hätten erledigt werden können. Im Zeitpunkt der Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung sei die Situation noch unklar gewesen. Die von der B____AG getätigten Umsätze würden nicht ausreichen, um das deklarierte BVG-Gehalt auszuzahlen. Der Beschwerdeführer habe während dem Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung von der B____AG kein Entgelt erhalten. Mit Schreiben vom 1. Juni 2010 bestätigte der die B____AG beratende Versicherungs- und Vorsorgeberater D.____, der zuständige Sachbearbeiter der Pensionskasse habe ihm zugesichert, dass der Beschwerdeführer mit einem fiktiven Lohn von Fr. 25‘000.-- in der Pensionskasse verbleiben könne. Am 28. April 2010 bestätigte der damalige Revisor der B____AG, dass der Beschwerdeführer seit Anfang 2007 von dieser kein Gehalt mehr beziehe.

7.1 Zu prüfen ist, ob die Arbeitslosenkasse zu Recht die Anspruchsberechtigung des Versicherten rückwirkend ab 1. Februar 2007 abgelehnt hat. Sie begründete ihren Entscheid im Wesentlichen damit, es sei davon auszugehen, dass der Versicherte weiterhin die Funktion des Geschäftsführers der B____AG ausgeübt habe. In dieser Funktion habe er jederzeit die Möglichkeit, sich erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Da er eine arbeitgeberähnliche Stellung innehabe, sei er nicht anspruchsberechtigt. Demgegenüber stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, er sei per 31. Januar 2007 definitiv aus der Firma ausgeschieden. Er habe während den Auslandaufenthalten von C.____ lediglich die Post gesichtet und soweit nötig weitergeleitet. Nach dem 31. Januar 2007 habe er keinen Einfluss auf die Geschäftsleistung und die Geschicke der B____AG genommen.

7.2.1 Aufgrund der Akten ist erstellt, dass gemäss Publikation des SHAB vom 19. Juli 2005 der Beschwerdeführer per 13. Juli 2005 aus dem Verwaltungsrat der B____AG ausschied und an seiner Stelle Sohn C.____ eintrat. Ab diesem Zeitpunkt war für Dritte in verlässlicher Weise dargetan, dass der Beschwerdeführer hinsichtlich seiner zuvor noch formellen Organstellung

definitiv aus der B____AG ausgeschieden war. Seither kam ihm keine Eigenschaft als Gesellschafter mehr zu. Allfällige, diesem Eintrag im Handelsregister widersprechende Hinweise oder Indizien liegen keine vor. Insoweit war das Ausscheiden des Versicherten aus der B____AG in formaler Hinsicht zweifellos definitiv.

7.2.2 Weiter steht unbestritten fest, dass der Arbeitsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der B____AG am 30. Oktober 2006 per 31. Januar 2007 aufgelöst wurde. Die Kündigung erfolgte nach deren Wortlaut aufgrund einer Neuausrichtung des Betriebes sowie aus wirtschaftlichen Gründen. Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche Kündigung sind weder ersichtlich noch werden sie geltend gemacht.

7.2.3 Umstritten ist jedoch, ob dem Versicherten weiterhin eine Teilhabe an der Betriebsleitung der B____AG zukam. Soweit sich die Arbeitslosenkasse auf den Standpunkt stellt, infolge des Auslandaufenthaltes von C.____ sei anzunehmen, dass die B____AG nach wie vor vom Beschwerdeführer geführt werde, kann ihr nicht gefolgt werden. Es ist daran zu erinnern, dass die blosse *Möglichkeit* eines bestimmten Sachverhalts den Beweisanforderungen klarerweise nicht genügt, um daraus eine arbeitgeberähnliche Stellung des Versicherten abzuleiten (vgl. E. 6 hiervor). Hierfür bedürfte es weiterer Indizien, die für eine arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers nach seiner Entlassung per 31. Januar 2007 sprechen würden. Solche liegen aber keine vor. Auch wenn sich C.____ im relevanten Zeitraum über längere Zeit im Ausland aufhielt, ergeben sich aus den Akten keine gesicherten Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer über den 31. Januar 2007 hinaus resp. während der Dauer der Rahmenfrist für den Leistungsbezug eine arbeitgeberähnliche Stellung inne hatte resp. tatsächlich die Funktion eines Organs erfüllte, indem er die eigentliche Geschäftsführung besorgte und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmte. Eine faktische Möglichkeit zur Einflussnahme wie beispielsweise die Akquirierung, Betreuung oder eigenständige Ausführung von Aufträgen und dergleichen ist jedenfalls weder ersichtlich noch hinreichend dargetan.

7.2.4 Daran vermögen die Ausführungen der Arbeitslosenkasse nicht zu ändern. So lässt allein die Tatsache, dass unterschiedliche Angaben betreffend die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorliegen nicht den Schluss zu, dass der Beschwerdeführer über den 31. Januar 2007 materielle Organstellung innehatte. Ebenfalls nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag die Arbeitslosenkasse aus dem Umstand, dass der Versicherte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht aus der Vorsorgeeinrichtung der B____AG austrat. Der Bestätigung vom damaligen Versicherungs- und Vorsorgeberater der B____AG vom 1. Juni 2010 sowie seinen glaubwürdigen Aussagen anlässlich der heutigen Parteiverhandlung zufolge ist vielmehr davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer nach seinem Ausscheiden aus der B____AG im Einverständnis mit der zuständigen Pensionskasse mit einem bloss fiktiven Lohn von Fr. 25‘000.-- weiterhin vorsorgeversichert war. Eine materielle Organstellung des Beschwerdeführers über den 31. Januar 2007 hinaus ist damit aber nicht erstellt. Auch vermögen die Hinweise der Beschwerdegegnerin in Bezug auf den Internettauftritt der B____AG, die Adressdaten, Mailadressen, Telefonnummern und den Holder der Domain „Z.____“ nichts Verlässliches über den Einfluss des Beschwerdeführers auf die operativen Geschäfte der B____AG auszusagen. Soweit die Ausgleichskasse in Bezug auf die vom Beschwerdeführer und dessen Sohn C.____ ge-

machten Angaben Ungereimtheiten und Widersprüche erkennt, ändert dies nichts an der Tatsache, dass aufgrund der Akten nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass der Beschwerdeführer im relevanten Zeitraum die eigentliche Geschäftsführung besorgte oder die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmte. Eine arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers ist nach dem Gesagten nicht hinreichend erstellt und deshalb zu verneinen.

7.3 Zusammenfassend lässt sich seit 1. Februar 2007 kein massgebender Einfluss des Beschwerdeführers auf die B____AG ableiten. Es kam ihm somit in der massgebenden Periode keine arbeitgeberähnliche Stellung zu. Die Aberkennung seiner Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung unter diesem Titel ist daher zu Unrecht erfolgt. Daraus resultiert, dass die Arbeitslosenkasse gestützt darauf ihre seither ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung zu Unrecht zurückgefordert hat. Folglich ist in Gutheissung der Beschwerde der Einspracheentscheid vom 31. März 2011 aufzuheben.

8.1 Art. 61 lit. a ATSG hält fest, dass der Prozess vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Es sind deshalb für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben.

8.2 Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist dem Beschwerdeführer deshalb eine Parteientschädigung zu Lasten der Arbeitslosenkasse zuzusprechen. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat in seiner Honorarnote vom 15. Juli 2014 für das vorliegende Beschwerdeverfahren einen Zeitaufwand von 50,75 Stunden und Auslagen von Fr. 425.-- ausgewiesen. Der geltend gemachte Aufwand ist für das vorliegende Verfahren als zu hoch zu bezeichnen. Angesichts der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen sowie des Aktenumfangs erscheint im vorliegenden Fall, unter Berücksichtigung des Aufwandes für die Parteiverhandlung, ein Aufwand von 35 Stunden als angemessen. Der Zeitaufwand ist zu dem in Sozialversicherungsprozessen für durchschnittliche Fälle zur Anwendung gelangenden Stundenansatz von Fr. 250.-- zu entschädigen. Zu beachten ist, dass im vorliegenden Verfahren der im Verwaltungsverfahrens entstandene Aufwand nicht entschädigt werden kann, weshalb die geltend gemachten Auslagen bis 24. Februar 2011 im Umfang von Fr. 56.50 nicht berücksichtigt werden können. Dem Rechtsvertreter ist deshalb ein Honorar in der Höhe von Fr. 9'848.-- (35 Stunden à Fr. 250.-- zuzüglich Auslagen von Fr. 368.50 plus 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Arbeitslosenkasse zuzusprechen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

://: 1. Die Beschwerde wird, soweit darauf eingetreten werden kann, gutgeheissen und der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 31. März 2011 aufgehoben.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 9‘848.-- (inkl. Auslagen und 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

http://www.bl.ch/kantonsgericht