Kantonsgericht
Basel-Landschaft
Abteilung Sozialversicherungsrecht

Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 3. August 2017 (715 16 368 /200)

Arbeitslosenversicherung

Eine arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers ist nicht hinreichend erstellt. Eine beitragspflichtige Beschäftigung ist zwar nachgewiesen. Die mangelnde Bestimmbarkeit der Lohnhöhe wirkt sich aber zu Ungunsten des Versicherten aus.

Besetzung	Präsidentin Eva Meuli, Kantonsrichter Daniel Noll, Kantonsrichter Beat Hersberger, Gerichtsschreiber Pascal Acrémann
Parteien	**A.____**, Beschwerdeführer
	gegen
	Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland, Bahnhofstrasse 32, Postfach, 4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin
Betreff	Taggeld

A. Der 1990 geborene A.____ war spätestens ab 1. März 2012 bis 31. Dezember 2015 bei der B.____AG Chief Operating Officer und stellvertretender Geschäftsführer. Zudem war er vom 19. Juni 2012 bis 10. Dezember 2015 Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift. Am 21. Dezember 2015 meldete er sich in seiner Wohngemeinde X.____ zur Arbeitsvermittlung und bei der Öffentlichen Arbeitslosenkasse Baselland (nachfolgend: Arbeitslosenkasse) zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung der Arbeitslosenversicherung (ALV) ab 1. Januar 2016

an. Nachdem die Arbeitslosenkasse die Verhältnisse abgeklärt hatte, hielt sie mit Verfügung Nr. 938/2016 vom 23. Mai 2016 fest, dass die Taggeldabrechnungen ab 1. Januar 2016 mit einem versicherten Verdienst von Fr. 601.-- korrekt erstellt worden seien. Gegen diesen Entscheid erhob A.____ am 1. Juni 2016 Einsprache. Nachdem ihm eine reformatio in peius angezeigt und Gelegenheit zum Rückzug der Einsprache gegeben wurde, lehnte die Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 3. Oktober 2016 die Anspruchsberechtigung von A.____ ab 1. Januar 2016 ab. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, dass der Lohnfluss nicht rechtsgenüglich im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung dargetan sei. Dadurch könne der Versicherte für den massgeblichen Zeitraum vom 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2015 die gesetzlich vorgeschriebene beitragspflichtige Beschäftigung von mindestens zwölf Monaten nicht nachweisen. Überdies habe er eine arbeitgeberähnliche Stellung inne und sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht arbeitslos. Die Voraussetzungen für den Bezug von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung ab 1. Januar 2016 seien somit mehrfach nicht erfüllt.

B. Hiergegen erhob A.____ am 3. November 2016 Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht). Er beantragte sinngemäss, in Aufhebung des Einspracheentscheids vom 3. Oktober 2016 sei seine Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Januar 2016 zu bejahen. In Begründung rügte er eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. In materieller Hinsicht bestritt er, über den 31. Dezember 2015 hinaus eine arbeitgeberähnliche Stellung zu haben.

C. In ihrer Vernehmlassung vom 18. Januar 2017 schloss die Arbeitslosenkasse auf Abweisung der Beschwerde.

D. Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels (Replik vom 28. Februar 2017 / Duplik vom 2. Mai 2017) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest.

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. 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 Insolvenzentschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem die versicherte Person zur Zeit des Verfügungserlasses 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 3. November 2016 ist einzutreten.

2. Der Beschwerdeführer rügt in formeller Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV] vom 18. April 1999). Er macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe einen Entscheid gefällt ohne ihm vorgängig Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen steht fest, dass die Vorinstanz dem Versicherten am 10. August 2016 eine reformatio in peius androhte und ihm frei stellte, die Einsprache zurückzuziehen. Nachdem der Versicherte an seiner Einsprache festhielt, verneinte die Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 3. Oktober 2017 ab 1. Januar 2016 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. In diesem Vorgehen der Vorinstanz kann entgegen Auffassung des Beschwerdeführers keine Verletzung des rechtlichen Gehörs gesehen werden.

3. Materiell streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Januar 2016 abgelehnt hat.

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). Die Vermittlungsfähigkeit setzt sich demzufolge aus drei Elementen zusammen; aus der Arbeitsfähigkeit und Arbeitsberechtigung als Elemente objektiver Natur und aus der Vermittlungsbereitschaft als Element subjektiver Natur.

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 Arbeitslo-

senentschädigung 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 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. 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 (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., 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).

3.6 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 (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).

3.7 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. 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)

5. Im vorliegenden Fall stellt sich der rechtserhebliche Sachverhalt wie folgt dar: Im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 21. Dezember 2015 hielt der Versicherte fest, bis Ende Dezember 2015 für die B.____AG tätig gewesen zu sein. Für die Kündigung gab er wirtschaftliche Gründe an (vgl. act. 250-253). Diese Angaben stimmen inhaltlich mit denjenigen in der Arbeitgeberbescheinigung vom 30. Dezember 2015 überein (vgl. act. 263-264). Auch im Kündigungsschreiben vom 31. Oktober 2015 werden wirtschaftliche Gründe geltend gemacht (vgl. act. 259). Der Publikation des Schweizerischen Handelsamtsblattes (SHAB) Nr. 243 vom 15. Dezember 2015 ist weiter zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer per 10. Dezember 2015 aus dem Verwaltungsrat der B.____AG ausgeschieden war (vgl. act. 240). Weiter geht aus dem Aktienregister hervor, dass die Aktien des Beschwerdeführers per 31. Dezember 2015 auf seine Eltern und seinen Bruder übertragen wurden (vgl. act. 341). Gemäss Aktennotiz vom 10. August 2016 (vgl. act. 509) habe die Treuhänderin der B.____AG der Arbeitslosenkasse telefonisch mitgeteilt, sie habe vom Beschwerdeführer und von dessen Bruder mehrfach die Buchhaltungsbelege für die Jahre 2012, 2013 und 2015 eingefordert. Am 9. August 2016 habe ihr der Beschwerdeführer die Belege für das Jahr 2015 abgegeben. Der Bruder des Versicherten sei zurzeit im Zivildienst. Weiter wurde in der Aktennotiz festgehalten „…seit 1.1.16 B.____AG eigenes Buchhaltungssystem, sie (Mehrzahl) hätten einige Fragen gehabt.“ Im Rahmen des rechtlichen Gehörs hielt der Beschwerdeführer am 12. August 2016 im Wesentlichen fest, dass er seit Januar 2016 keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Er sei aus der B.____AG ausgeschieden und habe keinen Einfluss mehr auf dieselbe. Buchhaltung, Personalwesen sowie Marketing/Werbung hätten nicht zu seinen Aufgaben gehört (vgl. act. 520-521). In der Aktennotiz vom 16. September 2016 (vgl. act. 566) hielt eine juristische Mitarbeiterin der Beschwerdegegnerin fest, sie habe tags zuvor gesehen, dass der Beschwerdeführer vor dem

Laden der B.____AG eine Zigarette geraucht habe. Danach habe er sich kurz hinter die Ladentheke und hernach in den hinteren Teil des Ladens begeben. Aus Zeitgründen sei es ihr nicht möglich gewesen, selbst in den Laden zu gehen oder den Beschwerdeführer anzusprechen.

6.1 Aufgrund der Akten ist erstellt, dass gemäss Publikation des SHAB vom 15. Dezember 2015 der Beschwerdeführer per 10. Dezember 2015 aus dem Verwaltungsrat der B.____AG austrat. Damit war ab diesem Zeitpunkt für Dritte in verlässlicher Weise dargetan, dass er 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. Ausserdem besteht eine schriftliche Bestätigung, wonach seine Aktienanteile auf seine Eltern und seinen Bruder übertragen worden seien. Insoweit war das Ausscheiden des Versicherten aus der B.____AG in formaler Hinsicht zweifellos definitiv. Weiter steht unbestritten fest, dass der Arbeitsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der B.____AG am 31. Oktober 2015 per 31. Dezember 2015 aufgelöst wurde. Die Kündigung erfolgte nach deren Wortlaut aus wirtschaftlichen Gründen. Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche Kündigung sind weder ersichtlich noch werden sie geltend gemacht.

6.2 Umstritten ist jedoch, ob dem Versicherten über den 31. Dezember 2015 hinaus eine Teilhabe an der Betriebsleitung der B.____AG zukam. Soweit die Arbeitslosenkasse aufgrund der Tatsache, dass der Beschwerdeführer am 9. August 2016 bei der Treuhänderin Buchhaltungsbelege aus dem Jahr 2015 abgegeben und ihr angeblich Fragen zum Buchhaltungssystem stellte, vermutet, dass er nach wie vor im Geschäft mitarbeite oder zumindest arbeitgeberähnlichen Einfluss auf die Familienunternehmung habe, kann ihr nicht gefolgt werden. Zunächst 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. 4 hiervor). Hierfür bedürfte es weiterer Indizien, welche jedoch nicht vorliegen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass es sich bei der B.____AG um einen kleinen Familienbetrieb handelt und der Beschwerdeführer im Hinblick auf das hängige Verfahren ein Interesse an der Fertigstellung der Geschäftsabschlüsse hatte. Daher ist nachvollziehbar, dass ihm – als Familienmitglied – die Belege für das Jahr 2015 überlassen wurden, um sie der Treuhänderin zu überbringen. Ob und gegebenenfalls in welchem Zeitraum der Beschwerdeführer der Treuhänderin Fragen zum neuen Buchhaltungssystem stellte, geht aus der Aktennotiz vom 10. August 2016 nicht eindeutig hervor (vgl. E. 5 hiervor), weshalb die Angaben der Treuhänderin schon allein deshalb keine zuverlässigen Schlüsse zulassen. Nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag die Arbeitslosenkasse aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer auf seinem Facebook-Profil die B.____AG als Arbeitgeberin aufführt, postete er doch gleichzeitig auch die C.____AG als seine künftige bzw. inzwischen aktuelle Arbeitgeberin. Wenn der Beschwerdeführer auf der Website der B.____AG noch immer als Mitarbeiter aufgeführt wird, so kann dies ebenfalls nicht zu seinen Ungunsten gewichtet werden, hat er doch nach seiner Entlassung keinen Einfluss mehr auf den Inhalt der Website. Auch die Tatsache, dass sich der Beschwerdeführer als Mitglied der Inhaberfamilie hin und wieder in den Räumlichkeiten des Familienbetriebes aufhält, bedeutet keineswegs, dass er im Betrieb arbeitet. Insgesamt reichen die von der Arbeitslosenkasse angeführten Indizien nicht aus, eine weite-

re Mitarbeit oder eine arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers in der B.____AG über den 31. Dezember 2015 hinaus mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Die Aberkennung seiner Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung unter diesem Titel ist daher zu Unrecht erfolgt.

7. Streitig und zu prüfen ist weiter, ob der Beschwerdeführer die Beitragszeit gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt hat. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob er innerhalb der massgebenden Rahmenfrist für die Beitragszeit vom 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2015 (vgl. Art. 9 Abs. 1 und 3 AVIG) eine beitragspflichtige Beschäftigung von mindestens zwölf Monaten nachweisen kann und – bejahendenfalls – ob der erzielte versicherte Verdienst die Mindestgrenze von monatlich Fr. 500.-- (vgl. Art. 40 AVIV) erreicht hat. Im Hinblick auf die Beurteilung dieser strittigen Fragen ist zwischen den Parteien insbesondere das Kriterium des Lohnflusses strittig.

8.1 Nach Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG ist für die Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig, wer nach dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946 obligatorisch versichert und für Einkommen aus unselbstständiger Tätigkeit beitragspflichtig ist, d.h. massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG bezieht (vgl. BGE 122 V 251 E. 2b mit Hinweisen). Die Beitragspflicht einer versicherten unselbstständig erwerbenden Person entsteht mit der Leistung der Arbeit. Beiträge sind indessen erst bei Realisierung des Lohn- oder Entschädigungsanspruchs geschuldet (vgl. BGE 111 V 166 f. E. 4a und b). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist im Rahmen des Art. 13 Abs. 1 AVIG deshalb vorausgesetzt, dass die versicherte Person effektiv eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt und der Arbeitgeber für diese Beschäftigung tatsächlich auch einen Lohn entrichtet hat (vgl. BGE 128 V 190 E. 3a/aa; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute: Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen] vom 28. Februar 2003, C 127/02, E. 1). Mit dem Erfordernis des Nachweises effektiver Lohnzahlung sollen Missbräuche im Sinne fiktiver Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verhindert werden (vgl. ARV 2001 Nr. 27 S. 228 E. 4c).

8.2 In BGE 131 V 444 ff. präzisierte das EVG, die bisherige Rechtsprechung sei nicht in dem Sinne zu verstehen, dass eine beitragspflichtige Beschäftigung überhaupt nur dann zur Bildung von Beitragszeiten führe, wenn und soweit der Nachweis tatsächlicher Lohnzahlungen erbracht ist. Unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit nach Art. 8 Abs.1 lit. e AVIG in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG sei die faktische Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Dauer die einzige Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. BGE 113 V 352 f.). Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung komme deshalb nicht der Sinn einer selbstständigen Anspruchsvoraussetzung zu, wohl aber jener eines bedeutsamen und in kritischen Fällen unter Umständen ausschlaggebenden Indizes für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung (BGE 131 V 453 E. 3.3 in fine). Das im Gesetz zwar nicht ausdrücklich genannte, nach ständiger Rechtsprechung aber massgebliche Erfordernis der genügenden Überprüfbarkeit der beitragspflichtigen Beschäftigung diene der Verhinderung von Missbräuchen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 29. Dezember 2005, C 258/04, E. 3.2 mit Hinweis). Fehle es am Nachweis einer tatsächlich ausgeübten unselbstständigen Tätigkeit, sei das Anspruchserfordernis nach Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG und Art. 13

AVIG nicht gegeben. Dies gelte auch dann, wenn als Lohn bezeichnete oder auf ein als solches bezeichnetes Lohnkonto erfolgte Zahlungen des Arbeitgebers bestehen würden. Dieser Umstand bilde eben nur, aber immerhin, ein bedeutsames Indiz für eine beitragspflichtige Beschäftigung (vgl. BGE 131 V 451 E. 3.2.2).

8.3 In zwei weiteren Urteilen (C 83/06 vom 18. August 2006 und C 111/06 vom 6. März 2007) hat die höchstrichterliche Rechtsprechung schliesslich präzisierend festgehalten, dass der Umstand, dass eine tatsächliche Lohnzahlung nicht hinreichend belegt werden könne, nicht bedeute, dass der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung kurzerhand abzulehnen wäre. Massgebend sei nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes einzig, dass innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit eine beitragspflichtige Beschäftigung während der Mindestdauer von zwölf Monaten rechtsgenüglich dargetan sei. Soweit eine beitragspflichtige Beschäftigung nachgewiesen, der exakt ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben sei, habe eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen (vgl. Urteil des EVG vom 18. August 2006, C 83/06, E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 131 V 451 E. 3.2.3). Was die Einkommenshöhe betreffe, habe sich die mangelnde Bestimmbarkeit der Lohnhöhe diesfalls grundsätzlich zu Ungunsten der versicherten Person auszuwirken (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 6. März 2007, C 111/06, E. 3.4).

8.4 Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Der Verdienst gilt nicht als versichert, wenn er eine Mindestgrenze von monatlich Fr. 500.-- nicht erreicht (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 AVIG i.V.m. Art. 40 AVIV). Praxisgemäss ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes der im Bemessungszeitraum tatsächlich erzielte Lohn massgebend; eine davon abweichende Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat grundsätzlich unbeachtlich zu bleiben (BGE 131 V 450 f. E. 3.2.1, mit Hinweisen). Der versicherte Verdienst nach Art. 23 AVIG bildet ein Korrektiv bei allfälligen missbräuchlichen Lohnvereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, indem grundsätzlich die tatsächlichen Lohnbezüge im Bemessungszeitraum massgebend sind (BGE 131 V 451 E. 3.2.3 mit Hinweis). Von dieser Regelung im Einzelfall abzuweichen, rechtfertigt sich nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann (BGE 128 V 190 E. 3a/aa; Urteil des Bundesgerichts vom 10. April 2012, 8C_913/2011, E. 3.1, je mit Hinweisen).

8.5 Bei Personen, die vor ihrer Arbeitslosigkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatten, hat die Arbeitslosenkasse näher zu prüfen, ob diese tatsächlich einen Lohn bezogen haben (AVIG-Praxis, Rz. B32 und B146). Lassen sich in Fällen, die weitergehende Abklärungen bedingen, Bank- oder Postbelege beibringen, ist damit der Lohnfluss und die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung in der Regel nachgewiesen (AVIG-Praxis ALE A1, Rz. B147). Wurde der Lohn bar bezogen, können das bei der Steuerverwaltung mit Lohnausweis deklarierte Einkommen, Lohnquittungen oder durch ein Treuhandbüro geführte Geschäftsbücher in Ver-

bindung mit einem entsprechenden individuellen Kontoauszug der AHV als Nachweis für den Lohnbezug akzeptiert werden. Widersprechen die genannten Beweismittel dem Auszug aus dem Individuellen Konto (IK), so ist für die Bestimmung des versicherten Verdienstes vom geringeren Betrag auszugehen. Es ist denkbar, dass die versicherte Person, welche den Lohn bar bezogen hat, durch eine Kombination von anderen Beweismitteln den Lohnfluss nachzuweisen vermag. Der Lohnfluss lässt sich aber zum Beispiel allein durch eine Lohnabrechnung, eine Lohnquittung, einen Arbeitsvertrag, eine Kündigungsbestätigung oder eine Lohnforderungseingabe im Konkurs nicht nachweisen. Solche Dokumente stellen lediglich Parteibehauptungen dar, über deren Wahrheitsgehalt niemand ausser der versicherten Person selbst Angaben machen kann. Ergeben sich aufgrund der eingereichten Belege keine klaren Rückschlüsse auf die in der fraglichen Zeit effektiv ausbezahlten Löhne, liegt Beweislosigkeit zulasten der versicherten Person vor, womit ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung infolge fehlender Beitragszeit verneint werden muss. Dem Nachweis des tatsächlich realisierten Lohnes kommt nicht nur bei der Bestimmung der Beitragszeit, sondern auch bei der Festsetzung der Höhe des versicherten Verdienstes entscheidende Bedeutung zu. Ohne genaue Angaben über den Lohnfluss ist es nicht möglich, die Höhe des versicherten Verdienstes zu bestimmen (AVIG-Praxis, Rz. B148).

9.1 Aufgrund der vorliegenden Unterlagen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer spätestens ab März 2012 bis 31. Dezember 2015 bei der B.____AG arbeitete. Dass er bei dieser Unternehmung in einem Arbeitsverhältnis stand und dieser gegenüber einen entsprechenden Lohnanspruch hatte, wird von der Beschwerdegegnerin zu Recht nicht in Frage gestellt. In casu besteht jedenfalls kein Anhaltspunkt für einen klaren Verzicht des Beschwerdeführers auf seinen Lohn für die fraglichen Monate. Folglich ist für den massgeblichen Zeitraum vom 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2015 die gesetzlich vorgeschriebene beitragspflichtige Beschäftigung von mindestens zwölf Monaten hinreichend erstellt.

9.2 In Bezug auf die effektive Lohnhöhe ist der Arbeitslosenkasse darin beizupflichten, dass die vorliegenden Unterlagen Ungereimtheiten aufweisen. Zwar stimmen die Angaben in den Lohnabrechnungen der Monate Januar 2014 bis Dezember 2015 (Fr. 2‘000.-- pro Monat; vgl. act. 267-290) mit denjenigen in der Arbeitgeberbescheinigung vom 30. Dezember 2015 (vgl. act. 263, 264) überein, wonach der Beschwerdeführer in den Jahren 2014 und 2015 AHV-pflichtige Gesamtverdienste von jeweils Fr. 24‘000.-- erzielte. Da aber die Salärzahlungen dem Beschwerdeführer – nach den Angaben des Bruders vom 31. Dezember 2015 (vgl. act. 291) – bar ausbezahlt wurden, liegen keine Bank- oder Postbelege vor, die den Lohn in der angegebenen Höhe hinreichend belegen würden. Lohnquittungen oder von einem Treuhandbüro geführte Geschäftsbücher liegen ebenfalls nicht vor. Zudem stehen diese Lohnangaben im Widerspruch zur Lohnbescheinigung 2014 für die Ausgleichskasse, wonach der Jahresverdienst des Beschwerdeführers mit Fr. 7‘210.-- angegeben und dementsprechend in das IK (Stand 5. Januar 2016) eingetragen wurde (vgl. act. 452, 260). Auch geben die Steuererklärungen der Jahre 2014 (vgl. act. 348-364) und 2015 (vgl. act. 458-494) insofern keine verlässliche Auskunft über den tatsächlich bezogenen Lohn, als sie erst nach Anmeldung des Beschwerdeführers zum Leistungsbezug und damit nicht echtzeitlich erstellt wurden. Dasselbe gilt für die nachträgliche Korrektur des im IK für 2014 eingetragenen Einkommens von Fr. 7‘210.-- auf Fr. 24‘000.--

(vgl. act. 389). Auch wenn die genannten Unterlagen nicht geeignet sind, betragsmässig widerspruchsfrei bestimmbare Lohnzahlungen zu belegen, bedeutet dies jedoch nicht, dass ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gänzlich zu verneinen wäre. Da vorliegend eine beitragspflichtige Beschäftigung nachgewiesen, der exakt ausbezahlte Lohn jedoch unklar geblieben ist, hat eine Korrektur über den versicherten Verdienst zu erfolgen (vgl. E. 8.3 hiervor). Dieser ist – zu Ungunsten des Beschwerdeführers – aufgrund der echtzeitlichen Lohnmeldungen und der entsprechenden Angaben im IK-Auszug (Stand 5. Januar 2016; Fr. 7‘210.--) zu bemessen und mit Fr. 601.-- (Fr. 7‘210.-- : 12) zu beziffern.

9.3 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde in dem Sinne teilweise gutgeheissen, als der angefochtene Einspracheentscheid vom 3. Oktober 2016 aufzuheben und festzustellen ist, dass der Beschwerdeführer ab 1. Januar 2016 bei einem versicherten Verdienst von Fr. 601.-- Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

10. Art. 61 lit. a ATSG hält fest, dass das Verfahren vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Es sind deshalb für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Die ausserordentlichen Kosten sind beim nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer wettzuschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

://: 1. Die Beschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, als der angefochtene Einspracheentscheid vom 3. Oktober 2016 aufgehoben und festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer ab 1. Januar 2016 bei einem versicherten Verdienst von Fr. 601.-- Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.

http://www.bl.ch/kantonsgericht