



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 5. Juli 2018 (715 18 56)

Arbeitslosenversicherung

Ablehnung der Anspruchsberechtigung der Ehegattin eines Einzelunternehmers.

Besetzung Präsidentin Eva Meuli, Kantonsrichter Jgnaz Jermann, Kantonsrichter Yves Thommen, Gerichtsschreiber Stephan Paukner

Parteien **A.**____, Beschwerdeführerin

gegen

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

Betreff Ablehnung der Anspruchsberechtigung

A. Die 1956 geborene A.____ war seit dem Jahr 2000 im Einzelunternehmen ihres Ehemannes „Kiosk A.____“ im Umfang von 100% angestellt. Mit Kündigung des Arbeitgebers vom 30. September 2017 wurde dieses Arbeitsverhältnis per Ende November 2017 aus wirtschaftlichen Gründen teilweise aufgelöst. Zugleich wurde ihr mitgeteilt, dass sie ab 1. Dezember 2017 nur noch in einem reduzierten Pensum von 50% weiter beschäftigt werden könne.

B. Am 13. November 2017 meldete sich die Versicherte im Umfang von 100% bei ihrer Wohnsitzgemeinde zur Arbeitsvermittlung an. Gleichentags stellte sie Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Dezember 2017.

C. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2017 lehnte die öffentliche Arbeitslosenkasse Basel-Land (Kasse) die Anspruchsberechtigung der Versicherten ab 1. Dezember 2017 mit der Begründung ab, dass diese weiterhin in der Einzelfirma ihres Ehegatten tätig sei. So lange ihr Gatte den Geschäftsverlauf seiner Firma massgeblich beeinflussen könne, habe er die Möglichkeit, das Arbeitspensum der Versicherten jederzeit zu erhöhen. Als mitarbeitende Ehegattin gehöre sie zum Kreis jener Personen, die keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung und daher auch keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hätten. Eine hiergegen erhobene Einsprache der Versicherten vom 15. Dezember 2017 wies die Kasse mit Einspracheentscheid vom 9. Januar 2018 ab.

D. Hiergegen erhob die Versicherte am 6. Februar 2018 Beschwerde beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht). Als Begründung machte sie geltend, dass sich vor dem Kiosk ihres Gatten seit rund einem Jahr eine Baustelle befände, die den Umsatz sowohl des Kiosks als auch des Restaurants erheblich geschmälert habe. Diese Baustelle werde voraussichtlich noch ein bis zwei Jahre dauern. Sie sei verantwortlich für das Restaurant und sei zu 100% angestellt gewesen. Durch die beträchtliche Umsatzeinbusse habe ihr Pensum per Anfang Dezember 2017 leider auf 50% gekürzt werden müssen. Es sei nicht mehr möglich, die gemeinsamen Lebenshaltungskosten mit diesem schlechten Geschäftsgang aufrecht zu erhalten. Sie bitte, den angefochtenen Entscheid nochmals zu überprüfen.

E. Mit Vernehmlassung vom 15. März 2018 schloss die Kasse auf Abweisung der Beschwerde.

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

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1. Auf die beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht eingereichte Beschwerde der Versicherten ist einzutreten.

2. Strittig und zu prüfen ist, ob die Kasse berechtigt war, die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin ab 1. Dezember 2017 zu verneinen. Diese begründet ihren Einspracheentscheid zusammenfassend damit, dass die Beschwerdeführerin als mitarbeitende Ehegattin zum Kreis jener Personen gehöre, die vom Bezug von Arbeitslosentaggeldern ausgeschlossen seien.

2.1 Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. b AVIG hat der mitarbeitende Ehegatte des Arbeitgebers keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (KAE). Gleiches gilt gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG für Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter oder Gesellschafterin, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Diese haben ebenfalls keinen Anspruch auf KAE. Der Grund für die Regelung gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c 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 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 daher verhindern, dass arbeitgeberähnliche Personen allenfalls missbräuchlich eine Kurzarbeitsentschädigung erhalten (vgl. zum Ganzen: GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, Bern 1988, Art. 31 N 35 ff.).

2.2 Für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung (ALE) gibt es keine dem Art. 31 Abs. 3 lit. b oder c AVIG entsprechende, unmittelbar anwendbare Norm. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG, heute: Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen [Bundesgericht]) in seinem Grundsatzentscheid BGE 123 V 234 ff. erwogen hat, 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 oder eine Arbeitnehmerin mit arbeitgeberähnlicher Stellung mit der betreffenden Unternehmung noch in einem Arbeitsverhältnis steht, hat er bzw. sie aufgrund der Ausschlussbestimmung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Wird das Arbeitsverhältnis hingegen gekündigt, so gilt die arbeitgeberähnliche Person nach den Erwägungen im zitierten Entscheid nunmehr als arbeitslos und kann somit unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. AVIG Arbeitslosenentschädigung beanspruchen. Behält sie nach der Entlassung allerdings ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann dadurch dessen Entscheidungen weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, so läuft die Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung gemäss der Auffassung des Bundesgerichts 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 Bundesgericht begründete den Umgehungstatbestand im erwähnten Entscheid damit, dass die arbeitgeberähnliche Person über die Dispositionsfreiheit verfügt, 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 kann dann nicht mehr von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird und das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers bzw. der betreffenden Arbeitnehmerin mit arbeitgeberähnlicher Stellung definitiv ist oder wenn das Unternehmen zwar weiter besteht, die arbeitgeberähnliche Person jedoch mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliert, derentwegen sie bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre

(BGE 123 V 234 E. 7b/bb, vgl. dazu auch AVIG Praxis ALE des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, Stand 1. Januar 2014, Rz. B12 ff.). Der Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ist gemäss Bundesgericht absolut. Es ist daher auch nicht möglich, den betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen Leistungen im Einzelfall zu gewähren (Urteil des EVG vom 17. Oktober 2005, C 179/05, E. 2). Hintergrund bildet der Umstand, dass Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG bezweckt, nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern bereits dem Risiko eines solchen zu begegnen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (Urteil des EVG vom 12. September 2005, C 131/05, E. 2).

2.3 Das Gleiche gilt, wenn die versicherte Person nicht selbst arbeitgeberähnliche Person ist, sondern ein im Betrieb mitarbeitender Ehegatte (Urteil des EVG vom 20. April 2005, C 76/04, E. 3). Auch hier geht das Bundesgericht in langjähriger Praxis davon aus, dass aufgrund dieser Ausschlusseigenschaft kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht. Das Risiko ist dasselbe, ob es nun um Arbeitslosen-, Kurzarbeits- oder Insolvenzenschädigung geht. Daher rechtfertigt sich keine unterschiedliche Behandlung von Ehegatten arbeitgeberähnlicher Personen in Bezug auf diese drei Leistungsarten.

2.4 Die endgültige Aufgabe einer arbeitgeberähnlichen Stellung muss anhand eindeutiger Kriterien gemessen werden können, welche keinen Zweifel übrig lassen (Urteil des Bundesgerichts vom 12. Januar 2007, C 277/05, E. 3.4 mit weiteren Hinweisen). Neben dem endgültigen Austritt der arbeitgeberähnlichen Person aus der Firma ist die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung beispielsweise auch bei der Auflösung des Betriebs gegeben (AVIG-Praxis Rz. B27). Der Eintrag im Handelsregister wird von der Rechtsprechung regelmässig als wichtiges und einfach zu handhabendes Kriterium berücksichtigt, wenn es um die Beurteilung geht, ob eine arbeitgeberähnliche Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat (ARV 2002 S. 185 E. 2b und c). Hintergrund bildet der Umstand, dass erst mit der Löschung des Eintrags nach aussen in verlässlicher Weise auch für Dritte kundgetan ist, dass die betroffene Person definitiv aus der Firma ausgetreten ist (Urteil des EVG vom 8. Juni 2004, C 110/03, E. 2.1 mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Im Betrieb mitarbeitende Ehegatten sind deshalb nur dann anspruchsberechtigt, wenn entweder der andere Ehegatte seine arbeitgeberähnliche Stellung endgültig aufgegeben hat oder die Ehe geschieden worden ist (Urteile des Bundesgerichts vom 7. März 2011, 8C_1032/2010, E. 5.3 und vom 3. Juni 2011, 8C_74/2011, E. 5.3.1).

3. Im vorliegenden Fall ist die ursprüngliche Vollzeitbeschäftigung der Beschwerdeführerin am 30. September 2017 per Ende November 2017 auf 50% reduziert worden (Kassen Akt 18; vgl. ebenso Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 13. November 2017, Kassen Akt 16). Entsprechend findet sich ein zwischen B.____ und seiner Ehefrau am 30. September 2017 neu abgeschlossener Arbeitsvertrag in den Akten, demzufolge die Versicherte seit dem 1. Dezember 2017 weiterhin im Umfang von 50% als Gerantin für das Einzelunternehmen ihres Ehemannes tätig ist (Kassen Akt 23). Wie die Versicherte in ihrem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 13. November 2017 sodann richtig deklariert hat, ist ihr Ehemann gemäss Handelsregistereintrag noch immer alleiniger Inhaber des Einzelunternehmens A.____ Kiosk (Kassen Akt 28). Die Beschwerdeführerin gehört somit zum Kreis jener Personen, die der dar-

gelegten Rechtslage zufolge (oben, Erwägung 2.3) keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben. Ein allfälliger Anspruch könnte nur bejaht werden, wenn ihr Ehegatte seine arbeitgeberähnliche Stellung endgültig aufgegeben hätte. Zumal eine Aufgabe des Kiosks für die Zukunft nicht vorgesehen ist (Kassen Akt 29), liegen diese Voraussetzungen, welche einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausnahmsweise zulassen würden, aber nicht vor. Der Anspruch der Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ist daher zu verneinen. Das Gericht verkennt nicht, dass diese Rechtslage teils schwer verständlich ist. Es ist in diesem Zusammenhang indes noch einmal darauf hinzuweisen, dass der klaren Rechtsprechung zufolge bereits das theoretische Risiko einer allfälligen Gesetzesumgehung ausgeschlossen werden soll, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung sowohl an arbeitgeberähnliche Personen wie auch an deren Ehegatten inhärent ist. An diesem Ergebnis können die in der Beschwerde dargelegten Umstände, wonach eine Baustelle vor dem Kiosk des Ehemannes der Versicherten zu einer erheblichen Umsatzschmälerung geführt habe, nichts ändern. Der Ausschluss von Arbeitslosenentschädigung ist absolut. Es ist daher nicht möglich, den betroffenen Personen – und mag deren Begründung noch so nachvollziehbar sein - Leistungen im Einzelfall zu gewähren. Die Beschwerde ist bei diesem Ergebnis abzuweisen.

4. Es bleibt über die Kosten zu entscheiden. 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. Die ausserordentlichen Kosten sind wettzuschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.