

Die Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung und die Einstellung in der Anspruchsberechtigung¹



lic. iur. Milan Guberinic
MAS Social Insurance Management
Jur. Mitarbeiter, Rechtsdienst Arbeitslosenkasse Kt. Zug

1. Allgemeines

1.1. Zweck, Leistungsarten, Beitragspflicht

Als Erwerbsausfallversicherung garantiert die Arbeitslosenversicherung angemessenen Ersatz bei Arbeitslosigkeit. Die Arbeitslosenversicherung bezweckt drohende Arbeitslosigkeit zu verhüten, bestehende Arbeitslosigkeit zu bekämpfen und die rasche und dauerhafte Eingliederung in den Arbeitsmarkt zu fördern. Hierfür richtet die Versicherung Arbeitslosenentschädigung aus. Für die Versicherung ist der nach der AHV-Gesetzgebung obligatorisch versicherte Arbeitnehmer für das Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit beitragspflichtig. Selbständig erwerbende Personen

fallen nicht unter den Geltungsbereich der Arbeitslosenversicherung.²

1.2. Zuständigkeit

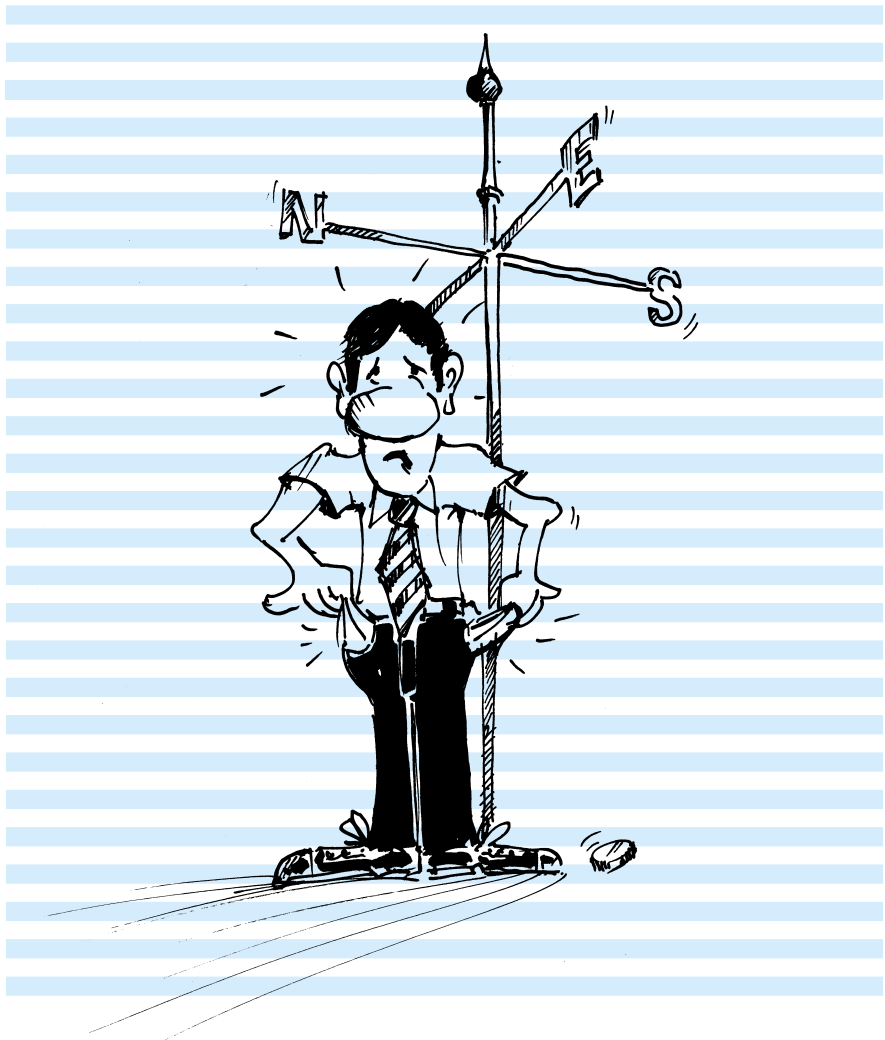
Mit dem Vollzug der Versicherung sind mitunter die öffentlichen und privaten Kassen (ALK) sowie die kantonale Amtsstelle (Kanton Zug: Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) und das regionale Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) beauftragt. Die Kasse klärt die Anspruchsberechtigung ab, richtet Leistungen aus und nimmt Einstellungen in der Anspruchsberechtigung vor. Das AWA bzw. RAV berät und unterstützt die Arbeitslosen (Arbeitsvermittlung, Wiedereingliederung in Arbeitsmarkt). Sie sprechen ebenfalls Einstellungen in der Anspruchsberechtigung aus.

2. Die Ausrichtung der Arbeitslosenentschädigung

2.1. Anmeldung zur Arbeitsvermittlung/Wahrung der Schadenminderungspflicht

Die versicherte Person hat sich bei der zuständigen Amtsstelle (RAV) zur

Arbeitsvermittlung anzumelden und die Kontrollvorschriften zu befolgen. Sie unterliegt dem im Sozialversicherungsrecht allgemein gültigen Grundsatz der Schadenminderungspflicht. Die versicherte Person, die Versicherungsleistungen beanspruchen will, muss mit Unterstützung des zustän-



digen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Kern dieser (gesetzlich umschriebenen) Schadenminderungspflicht ist, Arbeit zu suchen und grundsätzlich jede Arbeit anzunehmen. Es ist zu beachten, dass die Schadenminderungspflicht bereits vor der Anmeldung gilt.³

2.2. Die Anspruchsvoraussetzungen: Art. 8 AVIG

Die arbeitslose Person macht ihren Entschädigungsanspruch bei einer Arbeitslosenkasse per Antrag geltend. Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung wird bejaht, wenn die Anspruchsvoraussetzungen kumulativ erfüllt sind⁴, andernfalls wird die Anspruchsberechtigung mittels Verfügung abgelehnt. Im Folgenden sind die einzelnen Voraussetzungen darzulegen.

2.2.1. Arbeitslosigkeit, Wohnsitz, Altersgrenze

Die versicherte Person muss ganz oder teilweise arbeitslos sein. Als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht; als teilweise arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Teilzeitbeschäftigung sucht bzw. eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbe-

schäftigung sucht.⁵ Die versicherte Person muss in der Schweiz wohnen. Dabei wird nicht auf den zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff, sondern auf den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts abgestellt. Für die Anerkennung des gewöhnlichen Aufenthalts in der Schweiz muss sie sich tatsächlich in der Schweiz aufhalten, die Absicht haben, diesen Aufenthalt während einer gewissen Zeit aufrechtzuerhalten und in dieser Zeit den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen hier haben.⁶ Als untere Altersgrenze muss die obligatorische Schulzeit zurückgelegt sein bzw. als obere Altersgrenze weder das AHV-Rententalter erreicht noch ein AHV-Rentenvorbezug bestehen.⁷

2.2.2. Anrechenbarer Arbeitsausfall

Die versicherte Person muss einen Arbeitsausfall erlitten haben. Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat (keine Arbeit – kein Verdienst!). Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar und entschädigungsberechtigt, wenn ein zeitlicher Mindestarbeitsausfall erreicht und dieser mit einem Mindestverdienstaufschlag verbunden ist.⁸

Ein Arbeitsausfall, für den der arbeitslosen Person Lohnansprüche oder wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Entschädigungsansprüche zustehen, ist nicht anrechenbar. Unter «Lohnansprüche»

fällt der Lohn bei Nichteinhaltung der Kündigungsfrist bzw. bei Kündigung zur Unzeit. Solange unzweifelhafte und realisierbare Lohnansprüche gegeben sind (z. B. Freistellung), liegt ein Arbeitsausfall ohne Verdienstausschlag vor, womit kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erhoben werden kann.⁹ «Entschädigungsansprüche» entstehen bei ungerechtfertigter fristloser Auflösung des Arbeitsvertrages. Trotz Arbeitsausfall besteht mangels Verdienstausschlag kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, da wegen der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses Entschädigungsansprüche gegeben sind.¹⁰ Bei begründeten Zweifeln am Bestand oder Realisierbarkeit der Lohn- und Entschädigungsansprüche kommt die Subrogation (Sonderregelung) zur Anwendung.¹¹ In diesem Fall wird eine Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet, und mit der Subrogation (Legalzession) die Arbeitnehmeransprüche an die Arbeitslosenkasse abgetreten. Die Arbeitslosenkasse hält sich anschliessend gegenüber dem Arbeitgeber im Umfang der geleisteten Entschädigung schadlos.¹² Einen Sonderfall stellen freiwillige Leistungen (Abfindungen, Abgangsentschädigungen des Arbeitgebers) dar, die bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses so lange als nicht anrechenbar gelten, als die freiwilli-

gen Leistungen den durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Verdienstausschlag decken. Der Wegfall der Arbeit führt zu einem Verdienstausschlag, welcher aber nicht gedeckt ist, weil eine freiwillige Leistung ausgerichtet wurde (Verhinderung Doppelbezug). Der Doppelbezug wird relativiert. Erst für den Betrag, der den Höchstbetrag der freiwilligen Leistung von CHF 126'000¹³ überschreitet, ist der Arbeitsausfall nicht anrechenbar.¹⁴ Bei freiwilligen Leistungen für die berufliche Vorsorge findet diese Regel ebenfalls Anwendung (Grenzbetrag max. anrechenbarer Jahreslohn von z. Zt. CHF 84'600). Die freiwilligen Leistungen abzüglich der jeweiligen Grenzbeträge ergeben dabei die Summe der verbleibenden freiwilligen Leistung, für welche kein anrechenbarer Arbeitsausfall gegeben ist. Die Frist ohne anrechenbaren Arbeitsausfall beginnt nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses. Die verbleibende freiwillige Leistung durch den Monatsverdienst des Arbeitsverhältnisses gerechnet, ergibt die Dauer der Frist ohne anrechenbaren Arbeitsausfall.¹⁵

2.2.3. Beitragszeit

Die versicherte Person muss die Beitragszeit erfüllt oder von der Erfüllung befreit sein. Innerhalb der vorgesehenen Rahmenfrist (24 Monate) rückbli-

ckend ab dem Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, muss eine beitragspflichtige Beschäftigung von mind. 12 Monaten ausgeübt worden sein. Als Beitragszeit gilt die Zeit, in welcher die arbeitslose Person in einem (beitragspflichtigen) Arbeitsverhältnis stand.¹⁶ Wenn die arbeitslose Person mangels beitragspflichtiger Beschäftigung keine Beitragszeit von mindestens 12 Monaten erwirtschaften konnte, kann die Anspruchsvoraussetzung nur bejaht werden, wenn Gründe für die Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit ausgewiesen sind. Die Gründe (u. a. Ausbildung, Krankheit oder Unfall) müssen für die fehlende Beitragszeit kausal gewesen sein. Die Kausalität ist vorhanden, wenn es nicht möglich und zumutbar war, überhaupt eine Arbeitstätigkeit auszuüben.¹⁷

2.2.4. Vermittlungsfähigkeit und Kontrollvorschriften

Die versicherte Person ist vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage (Arbeitsfähigkeit) und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Die drei Elemente müssen kumulativ gegeben sein. Die Vermittlungsbereitschaft verlangt von der versicherten Person die Bereitschaft zur Suche und Annahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit. Bei

fehlender Vermittlungsbereitschaft wird die Vermittlungsfähigkeit verneint. Unter Arbeitsfähigkeit ist die Leistungsfähigkeit (körperlich und geistig) sowie die Verfügbarkeit (persönlich, örtlich und zeitlich) zu verstehen. Ist die Verwertbarkeit der Arbeitskraft wegen fehlender Leistungsfähigkeit oder Verfügbarkeit eingeschränkt, so dass eine Anstellung mehr als unwahrscheinlich erscheint, besteht Vermittlungsunfähigkeit. Die Arbeitsberechtigung betrifft fremdenpolizeiliche Bewilligungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.¹⁸ Unter die Kontrollpflichten fallen der Nachweis ausreichender Arbeitssuche (Kontrolle der Vermittlungsfähigkeit), der Besuch von Beratungsgesprächen und die Befolgung von Weisungen.¹⁹

2.3. Eröffnung Rahmenfrist Leistungsbezug, Festsetzung versicherter Verdienst

Mit Bejahung des Anspruchs wird die Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet und dauert zwei Jahre.²⁰ Der Verdienstausschluss bestimmt den versicherten Verdienst. Als versicherter Verdienst gilt der im Sinn der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums erzielt wurde. Er beträgt max. CHF 10'500.²¹ Massgebend ist der arbeitsvertraglich festgelegte und tatsächlich realisierte Lohn (Nachweispflicht).²² Ohne Nachweis des

Lohnflusses ist es nicht möglich, die Höhe des versicherten Verdienstes zu bestimmen. Der erzielte Verdienst wird in jenen Monaten angerechnet, in welchen die Arbeitsleistung erzielt wurde (Entstehungsprinzip). Es ist somit unerheblich, wann die Zahlung erfolgte (daher z.B. Bonuszahlungen pro rata).²³ Der Nebenverdienst ist nicht versichert.²⁴ Für beitragsbefreite Personen gelten Pauschalansätze (höhere Berufsbildung: CHF 153/Tag; berufliche Grundbildung: CHF 127/Tag; obligatorische Schule: CHF 107/Tag).²⁵

2.4. Form, Höhe und Höchstzahl der Taggelder sowie Wartetage

Die Entschädigung erfolgt in Taggeldern. Pro Kalendermonat (Kontrollperiode) werden durchschnittlich 21,7 Taggelder (Werktage) ausbezahlt. Ein volles Taggeld beträgt 80 % des versicherten Verdienstes, wenn das Taggeld weniger als CHF 140 beträgt oder die versicherte Person unterhaltspflichtig ist oder eine IV-Rente von mind. 40 % bezieht; ansonsten beträgt der Anspruch 70 %.²⁶ Es besteht ein (subsidiärer) Anspruch auf Familienzulage.²⁷ Die Höchstzahl der Taggelder bestimmt sich nach dem Alter der versicherten Person, der Beitragszeit, der Unterhaltspflicht und dem Bezug einer IV-Rente. Sie beträgt 260, 400 bzw. 520 Taggelder.

Beitragsbefreite Personen haben Anspruch auf 90 Taggelder. Versicherte Personen, die innerhalb der letzten vier Jahre vor dem ordentlichen Pensionsalter arbeitslos geworden sind, erhalten zusätzlich 120 Taggelder.²⁸ Vor der Auszahlung müssen die versicherten Personen allgemeine bzw. besondere Wartezeiten bestehen. Die Anzahl der allgemeinen Wartetage richtet sich nach der Höhe des versicherten Verdienstes und Unterhaltspflicht der versicherten Person und beträgt entweder Null oder zwischen 5 und 20 Tage.²⁹ Besondere Wartezeiten (120!) haben wegen einer Ausbildung beitragsbefreite Personen zu bestehen.²⁰

2.5. Die Anspruchsberechtigung unter Beachtung des Freizügigkeitsabkommens (Personenfreizügigkeit EU-CH)

Der oben dargelegte anspruchrelevante Wohnsitz erlangt (im Sinn des Begriffes des gewöhnlichen Aufenthalts) unter dem Aspekt des Freizügigkeitsabkommens (FZA)³¹ eine besondere Bedeutung. Im Rahmen des FZA ist die Personenfreizügigkeit zwischen der EU und der CH verwirklicht. Die Personenfreizügigkeit umfasst mitunter das Recht von Personen der Mitgliedstaaten auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit sowie

Verbleib im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten und gewährleistet damit einhergehend die Ansprüche von Staatsbürgern/innen der EU und CH auf arbeitslosenversicherungsrechtliche Leistungen des zuständigen Mitgliedstaats.³²

Die Ansprüche unterliegen dabei den Rechtsvorschriften nur eines Staates (Prinzip der Alleinzuständigkeit). Welches (nationale) Sozialrecht zur Anwendung kommt und welcher Mitgliedsstaat damit zuständig wird, bestimmen die europäische Grundverordnung (GVO) und Durchführungsverordnung (DVO)³³, die durch das FZA übernommen wurden.

Eine Person, welche eine (unselbständige) Beschäftigung ausübt, unterliegt grundsätzlich den Rechtsvorschriften desjenigen Staates, in welchem sie die Beschäftigung ausübt (sog. Tätigkeitsstaatsprinzip). Die ausgeübte Beschäftigung (und als solches der Lohn) muss dabei an das Sozialversicherungssystem angebunden sein, d. h. die Beschäftigung muss gesetzlich versichert sein (beitragspflichtige Beschäftigung). Es gilt des Weiteren die Vermutung, dass der Tätigkeitsstaat auch der Wohnstaat ist. Alle anderen Personen unterliegen den Rechtsvorschriften des Wohnstaates. Diese materiellrechtlich komplexen Regelungen bedeuten konkret, dass z. B. ein Portugiese oder ein Schwei-

zer, der in Portugal wohnt und arbeitet, bei Eintritt der Arbeitslosigkeit seine Ansprüche in Portugal stellen muss und aufgrund der dort ausgeübten beitragspflichtigen Beschäftigung begründen kann. Kommt der Portugiese oder der Schweizer indes nach dem Stellenverlust in Portugal in die Schweiz, wird über den Wechsel des Wohnsitzes die Schweiz für die Anspruchsabklärung zuständig, wobei aber der Anspruch mangels in der Schweiz ausgeübter beitragspflichtiger Beschäftigung abgelehnt wird. Der Sinn dieser Regel, wonach weder der Portugiese noch der Schweizer (und damit unbeachtlich der Staatsbürgerschaft) in der Schweiz einen Anspruch begründen kann, besteht darin, dass ohne im entsprechenden Mitgliedstaat ausgeübter und versicherter Beschäftigung, auch wenn die Personenfreizügigkeit gewährt ist, Wanderschaften zu Sozialversicherungssystemen unterbunden werden sollen. Wenn aber der Portugiese oder der Schweizer nach dem Stellenverlust in Portugal in die Schweiz kommt und hier anschliessend eine beitragspflichtige Beschäftigung ausübt, können beide beim Stellenverlust in der Schweiz einen Anspruch in der Schweiz begründen, zumal sie hier letztlich gewohnt und gearbeitet haben. Neben diesen Personen ist die Personengruppe zu beachten, welche nicht

im Tätigkeitsstaat gewohnt hat. Diese Personengruppe wird allgemein als Grenzgänger bezeichnet und wird in echte und unechte Grenzgänger unterteilt. Als echter Grenzgänger gilt dabei die Person, welche in einem Staat tätig ist und im anderen Staat wohnt, in welchen sie täglich oder wöchentlich zurückkehrt (Tages- und Wochenpendler). Als unechter Grenzgänger gilt die Person, welche in einem Staat tätig ist und im anderen Staat wohnt, in welchen sie nicht regelmässig (täglich oder wöchentlich) zurückkehrt.³⁶ Echte Grenzgänger halten sich in dem Staat, in welchem sie erwerbstätig sind, nur wegen der Ausübung dieser Erwerbstätigkeit auf und kehren jeweils an ihren Wohnort zurück. Beim Eintritt der Arbeitslosigkeit verbleiben sie an ihrem Wohnsitz. Echte Grenzgänger erhalten Leistungen grundsätzlich im Wohnstaat.³⁷ Wenn z.B. ein Holländer in der Schweiz arbeitet und als Tages- oder Wochenpendler an seinen Wohnort in Holland zurückkehrt, ist Holland als Wohnstaat im Falle des Stellenverlusts in der Schweiz für die Klärung und Begründung der Anspruchsberechtigung zuständig, da der Holländer an seinem Wohnsitz in Holland verbleibt. Holland berücksichtigt dabei die in der Schweiz ausgeübte Beschäftigung für die Ausrichtung der Leistungsansprüche in Holland.

Unechte Grenzgänger haben aufgrund ihrer Stellung im Gegensatz zum echten Grenzgänger ein Wahlrecht. Sie können ihren Anspruch auf Leistungen im Wohnstaat oder aber im letzten Tätigkeitsstaat geltend machen. Wenn der unechte Grenzgänger Anspruch auf Leistungen des letzten Tätigkeitsstaats erhebt, so hat er sich in diesem Staat der Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stellen (und sich folglich auch hier ordentlich aufzuhalten). Halten sie indes den Wohnort im Herkunftsland aufrecht, können sie dorthin zurückkehren, sich dort der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen und im Sinn des Wahlrechts dort Leistungen beziehen.³⁸ Wenn z.B. ein Österreicher in der Schweiz arbeitet und im Gegensatz zum echten Grenzgänger nicht regelmässig an seinen Wohnort in Österreich zurückkehrt, sondern sich in der Schweiz aufhält, kann der Österreicher wählen, ob er in der Schweiz (Tätigkeitsstaat) oder in Österreich (Wohnstaat) den Anspruch auf Leistungsausrichtung erheben will. Die getroffene Wahl verlangt aber und setzt voraus, dass er sich dann im gewählten Staat der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellt (und sich dort ordentlich aufhält).

In der Praxis zeigt sich die Problematik des Wahlrechts unter dem Aspekt der Wanderschaften zu Sozi-

alversicherungssystemen, wenn der Anspruchsteller tatsächlich in sein Herkunftsland zurückkehrt, aber den schweizerischen Wohnsitz (im Sinn des Begriffes des gewöhnlichen Aufenthalts) formal aufrecht erhält, obwohl dies tatsächlich materiell nicht mehr der Fall ist. Es ist daher unbedingt erforderlich, dass der Wohnort (in der Schweiz) nicht nur geltend gemacht wird, sondern auch materiell besteht und nachgewiesen ist.

2.6. Arbeitgeberähnliche Stellung

In einer arbeitgeberähnlichen Stellung befinden sich Personen, die bei einem Betrieb (AG, GmbH oder Genossenschaft) angestellt sind und somit eine beitragspflichtige (AHV-rechtlich versicherte) Beschäftigung ausüben, aber zugleich einen massgebenden Einfluss auf die Entscheidung des Betriebes haben. Personen mit massgeblichem Einfluss sind zum einen Mitglieder eines obersten Entscheidungsgremiums, wie Verwaltungsräte/innen einer AG oder Geschäftsführer/innen einer GmbH, und zum anderen Personen, welchen im Einzelfall Entscheidungsbefugnisse aufgrund der inneren betrieblichen Struktur tatsächlich zukommen (Organstellung im weiteren Sinne). Zudem ist zu beachten, dass mitarbeitende Ehegatten oder Ehegattinnen (Personen in eingetragener Part-

nerschaft sind diesen gleichgestellt) ebenfalls unter den Geltungsbereich der arbeitgeberähnlichen Stellung fallen. Wenn aufgrund des Ausmasses der finanziellen Beteiligung der arbeitnehmenden Person massgebende Entscheidungsbefugnisse zukommen, liegt ebenso eine arbeitgeberähnliche Stellung vor. Die zentrale Auswirkung der arbeitgeberähnlichen Stellung ist, dass Personen, die infolge eines Stellenverlusts in einem Betrieb, in dem sie eine arbeitgeberähnliche Position beibehalten, rechtsprechungs-gemäss (analog Anwendung der Kurzarbeitsregelung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG) keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben, da sie die Entscheidungsfindung im Betrieb weiterhin bestimmen oder massgebend beeinflussen können. Solange diese Personen nicht definitiv aus dem Betrieb ausscheiden und ihre arbeitgeberähnliche Stellung nicht endgültig aufgegeben haben, besteht kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Erst nach der endgültigen Aufgabe können diese Personen, welche im Betrieb eine Arbeit (beitragspflichtige Beschäftigung) ausgeübt haben, einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung begründen, sofern die Voraussetzungen nach Art. 8 AVIG erfüllt sind. Die arbeitgeberähnliche Stellung gilt dann als endgültig aufgegeben, wenn der Betrieb im Konkurs

ist, oder die Auflösung des Betriebes beendet ist, oder der Betrieb verkauft bzw. die finanzielle Beteiligung massgebend gesenkt ist, oder die Kündigung gleichzeitig zum Verlust der arbeitgeberähnlichen Stellung führt.³⁹ In der Praxis zeigt sich die Problematik der arbeitgeberähnlichen Stellung insbesondere bei Personen, welche (alleine) über einen eigenen Betrieb (AG, GmbH) bestimmen und (alleine) für diesen als Arbeitnehmer tätig sind. Unternehmerische Überlegungen verleiten die betroffenen Personen zur irrigen Annahme, dass sie ihren Betrieb nach der Aufgabe der Tätigkeit (insofern bei Eintritt der Arbeitslosigkeit) beibehalten bzw. aufrecht erhalten können und wegen ihrer aufgegebenen, versicherten Tätigkeit gleichwohl Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erheben können. Die unternehmerischen Überlegungen, insbesondere die Firma zu einem späteren Zeitpunkt weiterzuführen, sind durchaus nachvollziehbar, aber dennoch unbeachtlich. Es ist an dieser Stelle in aller Deutlichkeit zu betonen, dass dies gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht möglich ist, da über die Beibehaltung der arbeitgeberähnlichen Stellung der Arbeits- und Verdienstausfall selber bestimmt wird, was eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Arbeitslosenentschädigung darstellen würde.

Die arbeitgeberähnliche Stellung ist daher zwingend aufzugeben.

Für den Fall, dass kein Konkurs vorliegt, muss die betroffene Person sämtliche Organstellungen im engeren und weiteren Sinn aufgeben (Löschung im Handelsregister) und gegebenenfalls die Beteiligungsrechte (Aktien, Stammanteile etc. bis zu einem Restbestand von ca. 20%) veräussern und an eine Drittperson (keinesfalls Ehegatte) übertragen. Schliesslich ist zu bemerken, dass die betroffene Person bei einer Liquidation des Betriebes, solange Beteiligungsrechte vorhanden sind, nicht als Liquidator amten darf, da während der Liquidation (bis zur Beendigung dieser) die arbeitgeberähnliche Stellung andauert. Nachdem der Nachweis über das definitive Ausscheiden bzw. über die endgültige Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung vorliegt, kann der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung geprüft und bei gegebenen Voraussetzungen nach Art.8 AVIG bejaht werden.

Aus prozessökonomischer Sicht ist darauf hinzuweisen, dass, wie oben ausgeführt, für die Festlegung des versicherten Verdienstes der Lohn tatsächlich realisiert sein muss (Lohnfluss). Sollte es der arbeitgeberähnlichen Person nicht gelingen, den (ganzen) Lohnfluss nachzuweisen, kann kein (oder nur ein verminderter) versicherter Verdienst berechnet wer-

den, womit allenfalls die Anspruchsberechtigung verneint werden müsste. In einem solchen Fall erübrigt sich der (finanzielle) Aufwand für die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung. In der Praxis wird daher vorfrageweise geprüft, ob der Lohnfluss nachgewiesen ist. Ist dies zu verneinen, kann die betroffene Person auf die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Position verzichten, weil ohnehin kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung begründet werden kann.

3. Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung (Sanktion)

Verstößt die versicherte Person gegen die Schadenminderungspflicht, erfolgt eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung. Die Dauer der Einstellung richtet sich nicht nach der Höhe des Schadens, sondern nach dem Verschulden.⁴⁰ Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die selbstverschuldete Arbeitslosigkeit (Verfügungszuständigkeit Arbeitslosenkasse), die ungenügenden persönlichen Arbeitsbemühungen und die Nichtbefolgung von Kontrollpflichten (Verfügungszuständigkeit AWA bzw. RAV).⁴¹

3.1. Die selbstverschuldete Arbeitslosigkeit

Die Arbeitslosigkeit gilt u. a. als selbstverschuldet, wenn die versicherte Per-

son durch ihr Verhalten, insbesondere wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, dem Arbeitgeber Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat; oder wenn sie das Arbeitsverhältnis von sich aus auflöst, ohne dass ihr eine andere Stelle zugesichert war, es sei denn, dass ihr ein Verbleiben an der Arbeitsstelle nicht zugemutet werden konnte. Bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber kann, muss aber weder ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung noch eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten vorliegen. Es genügt, dass die versicherte Person durch ihr sonstiges, vermeidbares Fehlverhalten berechtigten Anlass zur Kündigung gibt. Das vorwerfbare Verhalten muss (eventual-)vorsätzlich erfolgt sein.⁴² Bei einer Auflösung durch den Arbeitnehmer liegt eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit vor, wenn keine Anschlussstelle zugesichert war. Eine Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen gilt als Selbstkündigung. Die versicherte Person darf das Arbeitsverhältnis auflösen, wenn ein Verbleiben an der Arbeitsstelle nicht zugemutet werden konnte.⁴³ Die Beurteilung der Zumutbarkeit erfolgt nach Art. 16 Abs. 2 AVIG⁴⁴. Bei der Prüfung der Unzumutbarkeit ist ein strenger Massstab anzuwenden; rein subjektive Gründe begründen keine Unzumutbarkeit.⁴⁵

3.2. Ungenügende persönliche Arbeitsbemühungen

Die versicherte Person muss sich ausreichend um Arbeit bemühen und hierüber den Nachweis erbringen. Die Pflicht zur Arbeitssuche (konkrete Stellenbewerbungen) besteht bereits zum Zeitpunkt der Kündigung und damit vor Eintritt der Arbeitslosigkeit. Die versicherte Person hat für die Stellensuche alle sich ihr bietenden und zumutbaren Möglichkeiten voll auszuschöpfen. Die Arbeitsbemühungen werden streng beurteilt. Diese müssen umso intensiver sein, je weniger Aussicht besteht, eine Stelle zu finden. Die Intensität des Bemühens und nicht der Erfolg der Bemühungen steht im Vordergrund. In jedem Fall müssen die Arbeitsbemühungen quantitativ und qualitativ genügend sein. Eine allgemein gültige Aussage über die erforderliche Anzahl ist nicht möglich (in der Praxis durchschnittlich zehn bis zwölf Stellenbewerbungen pro Monat sind in der Regel genügend).⁴⁶

3.3. Nichtbefolgen der Kontrollvorschriften

Zur Schadenminderungspflicht gehört, auf Weisung des RAV hin eine zumutbare Arbeit anzunehmen sowie an arbeitsmarktlichen Massnahmen und Beratungsgesprächen teilzunehmen. Die Beurteilung der Zumut-

barkeit erfolgt (analog) nach Art. 16 Abs. 2 AVIG. Wenn die versicherte Person Kontrollvorschriften oder Weisungen nicht befolgt, namentlich eine zumutbare Arbeit nicht annimmt oder eine arbeitsmarktliche Massnahme ohne entschuldbaren Grund nicht antritt, abbricht oder deren Durchführung oder Zweck durch ihr Verhalten beeinträchtigt oder verunmöglicht, ist sie in der Anspruchsberechtigung einzustellen.⁴⁷

3.4. Das Verschulden

Eine Einstellung setzt immer ein Verschulden voraus. Die Dauer der Einstellung bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens. Sie beträgt 1 bis 15 Tage bei leichtem, 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden. Wenn eine versicherte Person ohne entschuldbaren Grund eine zumutbare Arbeit ohne Zusicherung einer neuen aufgibt oder eine zumutbare Arbeit aufgegeben hat, liegt per se schweres Verschulden vor. Massgebend für die Festsetzung der Einstelldauer ist immer das Gesamtverhalten der versicherten Person, das unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände (objektive und subjektive Gegebenheiten) des Einzelfalls zu würdigen ist.⁴⁸ Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) gibt den Vollzugsbehörden ein Einstellraster⁴⁹ vor,

welches verbindlich ist (Weisung). Eine Abweichung hiervon rechtfertigt sich lediglich, wenn wichtige Gründe ausgewiesen sind.

¹ Um den Praxisbezug zu gewährleisten, stützen sich die Ausführungen auf die Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO: AVIG-Praxis Arbeitslosenentschädigung (AVIG-Praxis ALE) und das Kreisschreiben über die Auswirkungen der Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und 987/2009 auf die Arbeitslosenversicherung (KS ALE 883), siehe www.treffpunkt-arbeit.ch; sowie auf das Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzzuschädigung vom 25. Juni 1982 (Arbeitslosenversicherungsgesetz): SR 837.0 und die Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzzuschädigung vom 31. August 1983 (Arbeitslosenversicherungsverordnung): SR 837.02.

² AVIG-Praxis ALE A1 ff.

³ AVIG-Praxis ALE B311 ff.

⁴ AVIG-Praxis ALE B1 ff.

⁵ AVIG-Praxis ALE B85 f.

⁶ AVIG-Praxis ALE B136

⁷ AVIG-Praxis ALE B3 ff.

⁸ AVIG-Praxis ALE B88

⁹ AVIG-Praxis ALE B103

¹⁰ AVIG-Praxis ALE B104

¹¹ AVIG-Praxis ALE B106

¹² AVIG-Praxis ALE C198 ff.

¹³ Art. 3 Abs. 2 AVIG z.Z. CHF 126'000.-; ab 1. Januar 2016 CHF 148'200.-

¹⁴ AVIG-Praxis ALE B122 ff.

¹⁵ AVIG-Praxis ALE B124 ff.

¹⁶ AVIG-Praxis ALE B143 ff.

¹⁷ AVIG-Praxis ALE B182 ff.

¹⁸ AVIG-Praxis ALE B215 ff.

¹⁹ AVIG-Praxis ALE B328 ff.

²⁰ AVIG-Praxis ALE B35 ff.

²¹ Ab 1. Januar 2016: CHF 12'350

²² AVIG-Praxis ALE B144 ff.

²³ AVIG-Praxis ALE C1 ff.

²⁴ AVIG-Praxis ALE C8 ff.

²⁵ AVIG-Praxis ALE C30 ff.

²⁶ AVIG-Praxis ALE C69 ff.

²⁷ AVIG-Praxis ALE C80 ff.

²⁸ AVIG-Praxis ALE C89 ff.

²⁹ AVIG-Praxis ALE C108 ff.

³⁰ AVIG-Praxis ALE C113 ff.

³¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA), SR 0.142.112.681

³² KS ALE 883 B1 ff.

³³ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und der Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Grundverordnung, GVO), SR 0.831.109.268.1

³⁴ Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Durchführungsverordnung, DVO), SR 0.831.109.268.11

³⁵ KS ALE 883 D4 ff., A4 ff., A76 ff.

³⁶ KS ALE 883 A24 ff.

³⁷ KS ALE 883 D19 ff.

³⁸ KS ALE 883 D25 ff.

³⁹ AVIG-Praxis ALE B12 ff.

⁴⁰ AVIG-Praxis ALE D1

⁴¹ AVIG-Praxis ALE D11 ff.

⁴² AVIG-Praxis ALE D16 ff.

⁴³ AVIG-Praxis ALE D23 ff.

⁴⁴ z. B. Fähigkeiten, bisherige Tätigkeit, Alter, persönliche Verhältnisse, Gesundheitszustand, berufs- und ortsübliche Bedingungen, Arbeitsweg, ständige Abrufbereitschaft etc.

⁴⁵ AVIG-Praxis ALE B283 ff.

⁴⁶ AVIG-Praxis ALE B311 ff. und D33

⁴⁷ AVIG-Praxis ALE D34 ff.

⁴⁸ AVIG-Praxis ALE D59 ff.

⁴⁹ AVIG-Praxis ALE D72