

# **BGer 8C 245/2007 vom 22. Februar 2008**

Bundesgericht, 2008-02-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_245\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_245_2007)

FR: TF 8C 245/2007 du 22 février 2008

IT: TF 8C 245/2007 del 22 febbraio 2008

## **Regeste**

Arbeitslosenversicherung | Arbeitslosenversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ( Art. 82 ff. BGG ) kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 und Art. 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### **E. 2**

Das kantonale Gericht hat die gesetzliche Vorschrift zum Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ( Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ) sowie die Rechtsprechung zur analogen Anwendung dieser Regelung auf arbeitgeberähnliche Personen, welche Arbeitslosenentschädigung beantragen ( BGE 123 V 234 E. 7 S. 236 ), richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen.

### **E. 3.1**

Unbestrittenermassen war der Beschwerdeführer bis zu seiner Entlassung am 30. November 2004 als Geschäftsführer des Hotels X. \_\_\_\_\_ tätig, das von der H. \_\_\_\_\_ AG betrieben wurde, wobei er die Tätigkeit infolge Geschäftsaufgabe verlor. Ebenso steht fest, dass der Beschwerdeführer bis zur Löschung im Handelsregister mit Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) am 20. Dezember 2005 als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der H. \_\_\_\_\_ AG fungierte, welchem ausserdem sein Wohnungspartner K. \_\_\_\_\_ als Präsident und Mehrheitsaktionär angehörte. Damit ist insbesondere die Frage zu klären, wann er die als Gesellschafter und einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat innegehabte arbeitgeberähnliche Stellung verloren hat.

### **E. 3.2**

Der Vorinstanz ist insoweit zuzustimmen, als dem Beschwerdeführer als Verwaltungsratsmitglied von Gesetzes wegen massgebliche Entscheidungsbefugnis zukommt (Art. 716f. OR), woraus sich die arbeitgeberähnliche Stellung ergibt. Entgegen Verwaltung und Vorinstanz kommt es jedoch bei Personen mit arbeitgeberähnlichen Eigenschaften mit Blick auf die Beendigung ihrer Organstellung nicht auf den Zeitpunkt der Löschung im Handelsregister an. Nach der Rechtsprechung ist vielmehr in Angleichung an die Praxis nach Art. 52 AHVG der tatsächliche Rücktritt, welcher unmittelbar wirksam

wird, massgebend (ARV 2000 Nr. 34 S. 176 zu Art. 51 Abs. 2 AVIG ; BGE 126 V 134 mit Hinweisen). Ausschlaggebend für die Beendigung der Verwaltungsratsstellung ist vorliegend daher das mit Rücktrittsschreiben vom 12. Dezember 2004 erfolgte effektive Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat und nicht die Löschung im Handelsregister oder die Publikation im SHAB, zumal sich die Löschung des Eintrags, aus welchen Gründen auch immer, verzögern kann (Urteil C 426/00 vom 7. August 2001, E. 3). Im Weiteren ergeben sich gestützt auf den vom Sozialversicherungsgericht ermittelten Sachverhalt (vgl. E. 1) keinerlei Anhaltspunkte, dass der Beschwerdeführer nach seinem Rücktritt als Verwaltungsrat tatsächlich Einfluss auf die Entscheidungsfindung der Gesellschaft nahm. Im Gegensatz zum im vorinstanzlichen Entscheid erwähnten Urteil C 278/05 vom 15. März 2006 beurteilten Sachverhalt nahm hier der Versicherte auch nicht mehr in seiner Funktion als Verwaltungsrat an einer Generalversammlung teil. Der vom kantonalen Gericht getroffene rechtliche Schluss, dem Rücktrittsschreiben vom 12. Dezember 2004 komme insofern keine massgebende Bedeutung zu, als der Versicherte wegen der unterlassenen Meldung beim Handelsregisteramt weiterhin als Verwaltungsrat eingetragen geblieben sei und daher erst mit der Publikation im SHAB am 20. Dezember 2005 seine arbeitgeberähnliche Stellung verloren habe, trifft daher nicht zu. Insoweit sich aus dem erwähnten Urteil C 278/05 etwas anderes ergibt, ist daran nicht festzuhalten. Zu einer Änderung der Rechtsprechung zum massgebenden Zeitpunkt für das Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat besteht kein Anlass (vgl. BGE 133 V 37 E. 5.3.3 S. 39; 132 III 770 E. 4 S. 777; 132 V 357 E. 3.2.4.1 S. 360 mit Hinweisen). Nach dem Gesagten ist vielmehr davon auszugehen, dass der Versicherte mit Rücktrittsschreiben vom 12. Dezember 2004 aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden ist und damit seine arbeitgeberähnliche Stellung verlor, weshalb ab diesem Datum der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu bejahen ist.

#### **E. 4.1**

Die Verwaltung hat im vorinstanzlichen Verfahren erstmals verneint, dass der Beschwerdeführer innerhalb der vom 12. November 2002 bis 11. November 2004 dauernden, zweijährigen Rahmenfrist für die Beitragszeit ( Art. 9 Abs. 3 und 2 AVIG ) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hatte, da er nicht als Unselbstständigerwerbender zu qualifizieren sei.

#### **E. 4.2**

Hinsichtlich der vom kantonalen Gericht nicht abschliessend beurteilten Frage, ob der Versicherte arbeitslosenversicherungsrechtlich als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist, geht aus der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung nicht klar hervor, welche Führungs- und Entscheidungskompetenzen beim Beschwerdeführer lagen und wieweit zivilrechtlich von einem Unterordnungsverhältnis gesprochen werden kann. Ungeachtet dessen, ging das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute: Bundesgericht) bei Personen, die als Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft tätig sind, in der Regel stets von einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit aus und qualifizierte deren Entschädigung als massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG (Urteil C 267/04 vom 3. April 2006, E. 4.4.1 mit Hinweis). In Erwägung 4.4.2 des eben zitierten Urteils wurde in Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung erkannt, dass auch im Falle eines Gesellschafters und einzelzeichnungsberechtigten alleinigen Geschäftsführers, welcher bei einem Stammkapital von Fr. 20'000.- einen Stammanteil von Fr. 19'000.- hielt und zwischen der Gesellschaft und dem Versicherten wirtschaftlich Identität bestand, dennoch aus arbeitsversicherungsrechtlicher Sicht grundsätzlich von einer unselbstständigen

Erwerbstätigkeit auszugehen ist. Im Lichte dieser Rechtsprechung ist auch hier der Beschwerdeführer als Arbeitnehmer zu qualifizieren (Urteil C 266/05 vom 13. Juni 2006, E. 2.2), zumal er weder alleine einzelzeichnungsberechtigt noch Allein- oder Mehrheitseigentümer der Kapitalgesellschaft war.

#### **E. 5**

Mit Blick auf den ebenfalls in Frage gestellten Nachweis des effektiven Lohnflusses ist nochmals festzuhalten, dass dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlungen nach der Rechtsprechung ( BGE 131 V 453 E. 3.3 letzter Absatz) nicht der Sinn einer selbstständigen Anspruchsvoraussetzung für den Bezug der erwähnten Leistung zu kommt, sondern derjenige eines bedeutsamen, in kritischen Fällen ausschlaggebenden Indizes für die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung (Urteil C 284/05 vom 25. April 2006, E. 2.5). Der fehlende Nachweis des exakten Lohnes führt - da nach dem in E.4.2 hievorigen feststeht, dass der Beschwerdeführer eine solche Beschäftigung während mehr als zwölf Monaten ausgeübt hat - daher nicht zur Verneinung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung, sondern ist bei der Festsetzung des massgebenden versicherten Verdienstes zu berücksichtigen, wobei sich die mangelnde Bestimmbarkeit der exakten Lohnhöhe zu Ungunsten des Versicherten auswirkt (Urteil C 284/05 vom 25. April 2006, E. 2.5). Aufgrund des vorinstanzlich in dieser Frage unvollständig ermittelten Sachverhaltes - eventuell dienen die im kantonalen Verfahren offerierten Beweise zumindest indizienhalber ( BGE 131 V 447 E. 1.2 mit Hinweisen, Urteil C 173/05 vom 7. April 2006, E. 1) zur Bestimmung des effektiven Einkommens - ist die Sache daher an die Verwaltung zurückzuweisen, damit sie, nach allfälliger Aktenergänzung, über die Höhe des Taggeldanspruchs neu befinde.

#### **E. 6**

Das Verfahren ist kostenpflichtig. Als unterliegende Partei hat die Arbeitslosenkasse die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ), da die Arbeitslosenkassen nicht unter den Ausnahmetatbestand von Art. 66 Abs. 4 BGG fallen ( BGE 133 V 637 E. 4).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.