

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/110 vom 23. April 2008**

Sg Versicherungsgericht, 2008-04-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2007\\_110](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2007_110)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/110 du 23 avril 2008

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/110 del 23 aprile 2008

## **Regeste**

Bei einem Gesellschafter der GmbH, der nicht Geschäftsführer ist, ist die arbeitgeberähnliche Stellung auf Grund der tatsächlichen Einflussmöglichkeiten auf die Willensbildung der Gesellschaft zu prüfen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 23. April 2008, AVI 2007/110).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG; SR 837.0) 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, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. In BGE 123 V 234 ff. hat das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG; seit 1. Januar 2007: Bundesgericht) entschieden, dass Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, obwohl dem Wortlaut nach nur auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten, auch im Bereich der Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG anwendbar sei. Die betreffende Bestimmung diene der Vermeidung von Missbräuchen (Selbstaussstellung von für Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit u.ä. vor allem bei Arbeitnehmern mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Leitungsfunktion des Betriebes). Weiter führte das EVG aus, Kurzarbeit könne nicht allein in einer Reduktion der täglichen, wöchentlichen oder monatlichen Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass ein Betrieb (bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis) für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt werde (100%ige Kurzarbeit; Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], Bd. 1, Bern 1988, S. 383 f., N 21 der Vorbemerkungen zu Art. 31 - 41). In einem solchen Fall sei eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung nicht anspruchsberechtigt. Werde das Arbeitsverhältnis jedoch gekündigt, liege Ganzarbeitslosigkeit vor, und es bestehe unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung. Dabei könne nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen werde, das Ausscheiden der betreffenden Person mithin definitiv sei. Entsprechendes gelte für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiterbestehe, die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliere, derentwegen sie oder er bei Kurzarbeit auf Grund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine

grundsätzlich andere Situation liege jedoch dann vor, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer nach der Entlassung die arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehalte und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen könne (BGE 123 V 238 f. mit Hinweisen). 1.1 Mit dem Ausschluss von Arbeitnehmern mit arbeitgeberähnlicher Stellung vom Entschädigungsanspruch im Sinne der zitierten Rechtsprechung soll der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung entgegengetreten werden. Von einer solchen kann unter anderem nicht gesprochen werden, wenn das Unternehmen zwar weiter besteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliert, deretwegen er bei Kurzarbeit vom Entschädigungsanspruch ausgenommen wäre. Als Gesetzesumgehung zu qualifizieren ist hingegen der Bezug von Arbeitslosenentschädigung, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann. Bei Verwaltungsräten/innen einer Aktiengesellschaft und Geschäftsführer/innen einer GmbH ergibt sich die massgebliche Einflussnahme von Gesetzes wegen (vgl. Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung [KS ALE], Rz B17, mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). In den anderen Fällen ist auf Grund der konkreten Verhältnisse die Einflussmöglichkeit der versicherten Person auf die Entscheidungen der Arbeitgeberin zu prüfen (KS ALE Rz B18, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Das gilt insbesondere auch in Fällen, wo die versicherte Person Gesellschafterin einer GmbH ist, ohne aber mit der Geschäftsführung betraut zu sein. Auch nicht geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH nehmen teil an der Gesellschafterversammlung, die ihrerseits oberstes Organ der Gesellschaft ist (aArt. 808 Abs. 1 OR in der bis Ende 2007 gültig gewesenen und hier anwendbaren Fassung). Das Stimmrecht bemisst sich nach der Höhe der Stammeinlage, wobei auf Fr. 1'000.-- eine Stimme entfällt (aArt. 808 Abs. 4 OR). Die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung entsprechen im Wesentlichen denjenigen der Generalversammlung der Aktiengesellschaft gemäss Art. 698 Abs. 2 OR (aArt. 810 Abs. 1 OR).

## **E. 2**

Streitig und zu prüfen ist, ob dem Beschwerdeführer aufgrund seiner Stellung in der X.\_\_\_\_ GmbH kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für den hier zur Diskussion stehenden Monat September 2007 zusteht. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine arbeitgeberähnliche Stellung zuerkannt, weil er mit einem Viertel am Stammkapital beteiligt sei. Auch als nicht eingetragener Geschäftsführer habe er unter diesen Umständen eine arbeitgeberähnliche Position.

### **E. 2.1**

Am 30. März 2006 wurde die X.\_\_\_\_ GmbH im Handelsregister des Kantons E.\_\_\_\_ (Sitzverlegung) eingetragen. Als Gesellschafter eingetragen wurden B.\_\_\_\_X.\_\_\_\_ (Geschäftsführer), C.\_\_\_\_X.\_\_\_\_ sowie A.\_\_\_\_X.\_\_\_\_. B.\_\_\_\_X.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_X.\_\_\_\_ sind einzelunterschriftsberechtigt, während der Beschwerdeführer nicht zeichnungsberechtigt ist. Der Beschwerdeführer und C.\_\_\_\_X.\_\_\_\_ verfügen je über eine Stammeinlage von Fr. 25'000.--, während der Stammanteil von B.\_\_\_\_X.\_\_\_\_ Fr. 50'000.-- beträgt (act. G 3.2.19).

2.2 Die Statuten der GmbH sehen keine von den gesetzlichen Regeln abweichende Bestimmungen vor (vgl. act. G 8). Gemäss aArt. 808 Abs. 3 OR werden Gesellschaftsbeschlüsse mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Nach Abs. 4 bemisst sich das Stimmrecht jedes Gesellschafters nach der Höhe seiner

Stammeinlage, wobei auf 1000 Franken eine Stimme entfällt. Danach verfügt der Beschwerdeführer über einen Viertel aller Stimmen. Als Gesellschafter mit einem Anteil am Stammkapital von nur einem Viertel kann er die Entscheidungen seiner ehemaligen Arbeitgeberin nicht allein bestimmen, weil er auf die Stimme mindestens eines weiteren Gesellschafters angewiesen ist. Auf Grund der Gesellschafterstellung allein, welche nicht mit einer finanziellen Mehrheitsbeteiligung an der GmbH verbunden ist, lässt sich die arbeitgeberähnliche Stellung im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG noch nicht bejahen (LGVE 2004 II N. 45). Vielmehr erfordert die Beurteilung der arbeitgeberähnlichen Stellung bei einem Gesellschafter der GmbH, der nicht als Geschäftsführer eingesetzt wurde, eine Prüfung der effektiven Entscheidungsbefugnisse (vgl. KS ALE Rz B18 ff.). Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang, ob der Beschwerdeführer als Gesellschafter auf Grund der konkreten Umstände einen massgeblichen Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens ausübt und mithin über seine Tätigkeit bei der X.\_\_\_\_ GmbH disponieren kann.

2.3 Im vorliegenden Fall wird die Pizzeria der X.\_\_\_\_ als Familienbetrieb geführt (act. G 8); die beiden anderen Gesellschafter haben gemäss öffentlicher Urkunde über die Statutenänderung der GmbH vom 29. März 2006 die gleiche Wohnadresse wie der Beschwerdeführer, was auf engere familiäre Bindungen hindeutet. Der Beschwerdeführer begründete die auf Ende April 2007 vorgenommene Kündigung seiner früheren Stelle bei der Firma F.\_\_\_\_ mit familiären Gründen. Die in der Folge angetretene Stelle als Geschäftsführer der Pizzeria D.\_\_\_\_ wurde von der X.\_\_\_\_ GmbH bereits auf das Ende der dreimonatigen Probezeit Ende August 2007 gekündigt, wobei als Kündigungsgrund "wirtschaftliche Gründe" angegeben wurden. Die Pizzeria wurde allerdings weiter geführt. Auf 1. September 2007 meldete sich der Beschwerdeführer zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an, und auf Anfang Oktober 2007 konnte er wieder bei der Firma F.\_\_\_\_ eine Beschäftigung aufnehmen, weshalb er sich bei der Arbeitslosenversicherung abmeldete. Auf Grund der Gesellschaftsstruktur mit möglicherweise engen familiären Bindungen unter den drei Gesellschaftern und der getroffenen Dispositionen ist es durchaus möglich, dass der Beschwerdeführer massgeblich Einfluss auf die Entscheidungen der GmbH nimmt. Die Beschwerdegegnerin wird daher die Einflussmöglichkeit des Beschwerdeführers näher zu prüfen haben. In diesem Zusammenhang wird sie der Frage nachgehen müssen, weshalb der Beschwerdeführer die Stelle bei der Firma F.\_\_\_\_ aufgegeben hat und aus welchen Gründen bereits nach einem Einsatz von drei Monaten die Stelle als Geschäftsführer in der Pizzeria D.\_\_\_\_ angeblich aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt wurde. Ergeben die Abklärungen, dass der vorübergehende Einsatz des Beschwerdeführers in erster Linie im Interesse der X.\_\_\_\_ GmbH geplant war, so liegt die Annahme nahe, dass der im Monat September 2007 eingetretene Arbeitsausfall vom Beschwerdeführer massgeblich mitbeeinflusst wurde. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die Sache zur weiteren Abklärung der Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Sollte auf Grund dieser Abklärung die arbeitgeberähnliche Stellung verneint werden können, wird die Beschwerdegegnerin noch die weiteren Anspruchsvoraussetzungen bezüglich der beantragten Arbeitslosenentschädigung für den Monat September 2007 zu prüfen haben.

### **E. 3**

Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 17. Oktober 2007 aufzuheben und die Sache zur weiteren Abklärung und neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Gerichtskosten sind gemäss Art. 61 lit. a ATSG

keine zu erheben. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden: 1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 17. Oktober 2007 aufgehoben und die Sache zur weiteren Abklärung und neuen Verfügung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

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