

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/23 vom 15. August 2007**

Sg Versicherungsgericht, 2007-08-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2007\\_23](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2007_23)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/23 du 15 août 2007

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/23 del 15 agosto 2007

## **Regeste**

Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Es liegt bei Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung durch Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung keine Umgehung dieser Norm vor, wenn kein Missbrauchsrisiko besteht. Ein solches Risiko ist insbesondere dann nicht gegeben, wenn über die Arbeitgeberfirma der Konkurs eröffnet, das Konkursverfahren alsdann mangels Aktiven eingestellt und die Firma im Handelsregister von Amtes wegen gelöscht wird (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. August 2007, AVI 2007/23).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Anfechtungsgegenstand und damit der maximal mögliche Umfang des Streitgegenstandes wird in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege durch die Verfügung bzw. durch den Einspracheentscheid bestimmt. Nicht Gegenstand des angefochtenen Einspracheentseides war die Frage der Insolvenzenschädigung; auf das entsprechende Begehren kann daher auch vorliegend nicht eingetreten werden. Immerhin kann darauf hingewiesen werden, dass arbeitgeberähnliche Personen keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung haben (Art. 51 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]) und die Zuständigkeit für die Insolvenzenschädigung bei der öffentlichen Kasse am Ort des Betriebs- und Konkursamtes des Arbeitgebers liegt (Art. 53 Abs. 1 AVIG).

### **E. 2**

a) Gemäss 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, 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, unter bestimmten Voraussetzungen 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. Würde 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 weiter bestehe, 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 (ARV 2002 Nr. 28 S. 184 f. E. 2/3a; BGE 123 V 238 f. mit Hinweisen).

b) Das geforderte Ausscheiden aus dem Betrieb muss anhand eindeutiger Kriterien gemessen werden können (ARV 2003 S. 242 E. 4; ARV 2007 Nr. 6 S. 118 E. 4.2). Die Rechtsprechung hat einerseits wiederholt darauf abgestellt, ob der Eintrag der betreffenden Person im Handelsregister gelöscht worden ist (ARV 2002 Nr. 28 S. 185 E. 3c mit Hinweisen; ARV 2007 Nr. 6 S. 118 E. 4.2). Als weiteres Kriterium für den Austritt aus der Firma wird der Konkurs genannt. Indessen sei zu beachten, dass Gesellschaftsorgane während der Liquidation ihre gesetzlichen und statutarischen Befugnisse beibehalten, soweit sie zur Durchführung der Liquidation erforderlich seien und dem Liquidationszweck nicht entgegenstünden. Dazu könne auch die Weiterführung des Geschäfts bis zu dessen Verkauf oder Auflösung gehören (AHI 1994 S. 37 E. 6c mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre). Danach haben arbeitgeberähnliche Personen, die als Liquidatoren eingesetzt werden, in der Regel während der Liquidation keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (ARV 2002 Nr. 28 S. 183 ff.; ARV 2007 Nr. 6 S. 118 E. 4.2).

### **E. 3**

a) Im konkreten Fall ist der Beschwerdeführer als Projektleiter der A.\_\_\_\_ GmbH arbeitslosenrechtlich als Arbeitnehmer zu betrachten. Unbestritten ist, dass er seit November 2005 bis 8. Januar 2007 (Datum der Löschung als Geschäftsführer [act. G 3.38]) überdies als Gesellschafter und Geschäftsführer der A.\_\_\_\_ GmbH im Handelsregister eingetragen war. Hätte der Beschwerdeführer in dieser Zeit ein Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung eingereicht, so wäre dieses aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abgelehnt worden. Vorliegend geht es jedoch um ein Gesuch um Arbeitslosenentschädigung. Die oben dargelegte Rechtsprechung bejaht eine analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, falls eine Umgehung dieser bei der Arbeitslosenentschädigung nicht vorgesehenen Norm vorliegt. Die arbeitgeberähnliche Stellung von Arbeitnehmern schliesst mithin nicht stets und schlechthin den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung aus. Die Grenzziehung stellt insbesondere darauf ab, ob ein "Betrieb geschlossen" wird (Anspruch bejaht) oder aber nur "für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt" wird (kein Anspruch; vgl. BGE 123 V 238 E. 7b/bb). In einer Reihe von Entscheidungen liess das EVG den Liquidationsbeschluss respektive die Herbeiführung

des Konkurses in Kombination mit weiteren Umständen wie der Kündigung des Geschäftslokals und der Arbeitsverträge als Beleg für den Willen, den Betrieb nicht mehr weiterführen zu wollen, genügen (EVG-Urteile C 264/01 vom 6. Juni 2002 E. 2d und C 248/02 vom 19. Februar 2003 E. 2.5). b) Vorliegend wurden die Aktivitäten unbestrittenermassen per 1. Mai 2006 eingestellt (act. G 1 und G 3), es wurde allen Mitarbeitern ausser den Geschäftsführern gekündigt, es fehlen mit Ausnahme von Computer und Drucker im geschätzten Wert von Fr. 4'000.-- jegliche Aktiven wie Bankguthaben, Kassabestand oder Warenvorräte und es wurde der Beschluss gefasst, die Bilanz zu deponieren (act. G 3.3, Einvernahmeprotokoll Konkursamt). Am 17. Juli 2006 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet und am 19. Oktober 2006 das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt (act. G 3.33), mithin hat keine normale Liquidation im Sinne von Art. 739 ff. des Obligationenrechts (OR; SR 220) stattgefunden. Wird der Konkurs mangels Aktiven eingestellt, so gibt es in der Regel nichts mehr zu liquidieren und die Firma wird nach drei Monaten von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht (Art. 66 Abs. 2 der Handelsregisterordnung [HRegV; SR 221.411]; ARV 2007 Nr. 6 S. 118 E. 4.3). Letzteres geschah vorliegend am 7. März 2007 (Internet-Vollauszug aus dem Handelsregister des Kantons Luzern vom 17. Juli 2007). Angesichts der tatsächlichen Verhältnisse (praktisch keine Aktiven, Passiven von rund Fr. 420'000.--, act. G 3.3) und der von Amtes wegen anstehenden Löschung der Gesellschaft im Handelsregister konnte in der vorangehenden Zeitspanne kaum mehr etwas Relevantes geschehen. Insbesondere war es schwerlich möglich, dass der Beschwerdeführer sich wieder in der GmbH hätte einstellen und ein Einkommen erzielen können (ARV 2007 Nr. 6 S. 118 E. 4.3). Auch am 24. Oktober 2006 legt der Beschwerdeführer in seinem Rücktrittsschreiben an das Handelsregisteramt (Beilage zu act. G 3.39) ein weiteres Mal klar seinen Willen dar, das Geschäft nicht weiterführen zu wollen. Damit bestand weder ein Missbrauchsrisiko noch die Gefahr einer Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG mehr und der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 17. Juli 2006 (Datum der Anmeldung und der Konkurseröffnung) kann nicht aufgrund der andauernden arbeitgeberähnlichen Stellung verneint werden (ARV 2007 Nr. 6 S. 118 E. 4.3).

#### **E. 4**

a) Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und der Einspracheentscheid vom 31. Januar 2007 ist mitsamt der Verfügung vom 18. Dezember 2006 aufzuheben. Die Streitsache ist sodann zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen des Beschwerdeführers ab dem 17. Juli 2006 an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Im Zusammenhang mit der Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen, namentlich der Vermittlungsfähigkeit, ist dabei insbesondere zu beachten, dass der Beschwerdeführer als Geschäftsführer verschiedener weiterer Firmen im Handelsregister eingetragen war (vgl. act. G 3.34). b) Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden: 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit auf diese einzutreten ist. Der Einspracheentscheid vom 31. Januar 2007 wird aufgehoben und die Streitsache zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen ab dem 17. Juli 2006 im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.