

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/77 vom 16. Mai 2008**

Sg Versicherungsgericht, 2008-05-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2007\\_77](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2007_77)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/77 du 16 mai 2008

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2007/77 del 16 maggio 2008

## **Regeste**

Art. 31 Abs. 3 lit. c: Arbeitgeberähnliche Stellung nach tatsächlichem Rücktritt als Geschäftsführer - und als blosser Minderheitsgesellschafter (10 %) - nicht mehr gegeben, zumal die Gesellschaft den Betrieb definitiv aufgegeben hat (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. Mai 2008, AVI 2007/77).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Anfechtungsgegenstand bildet vorliegend der Einspracheentscheid vom 12. Juli 2007 bzw. die diesem zu Grunde liegende Verfügung vom 26. Juni 2007. Darin verneinte die Beschwerdegegnerin den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Streitgegenstand bildet somit die Frage, ob der Beschwerdeführer auf Grund einer arbeitgeberähnlichen Stellung von diesem Anspruch ausgeschlossen sei oder ob er seine allenfalls die Anspruchsberechtigung ausschliessende Stellung definitiv verloren habe. Soweit der Rechtsvertreter im vorliegenden Verfahren auch die Ausrichtung von besonderen Taggeldern zur Förderung der selbstständigen Erwerbstätigkeit verlangt (Art. 71a ff. AVIG; vgl. Beschwerdeschrift, Ziff. 17), ist darauf nicht einzutreten.

### **E. 2**

2.1 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben Versicherte, die ganz oder teilweise arbeitslos sind, einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten haben, in der Schweiz wohnen, die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht haben noch eine Altersrente der AHV beziehen, die Beitragszeit erfüllt haben oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit sind, vermittlungsfähig sind und die Kontrollvorschriften erfüllen (Art. 8 Abs. 1 AVIG). 2.2 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; heute: Sozialversicherungsabteilungen des Bundesgerichts) 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 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).

### **E. 3**

3.1 Vorliegend ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer vom 10. Mai 2006 bis zum 31. März 2007 als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der A.\_\_\_\_ GmbH tätig war und in dieser Funktion - nach Ablauf der 30-tägigen Frist gemäss Art. 25a Abs. 1 HRegV - per 2. Mai 2007 formell aus dem Handelsregister gelöscht wurde (vgl. act. G 7.34). Danach - und bis heute - war der Beschwerdeführer nur noch als Gesellschafter ohne Zeichnungsberechtigung mit einer Beteiligung von Fr. 2'000.-- (=10 % des Stammkapitals) im Handelsregister eingetragen. Die Gesellschaft figuriert seit dem 11. Juli 2007 als A.\_\_\_\_ GmbH in Liquidation und besteht nur noch zum Zweck der Liquidation (online-Handelsregisterauszug vom 30. Januar 2008). Die Beschwerdegegnerin begründete die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers in erster Linie damit, dass dieser nach wie vor eine 10 %-Beteiligung an der GmbH habe und dass er als Gesellschafter einer GmbH von Gesetzes wegen zur gemeinsamen Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet sei. Tatsächlich wurde der Beschwerdeführer gemäss Statuten (Art. 20) und Gründungsbeschluss (Ziff. 6) vom 26. April 2006 zum einzelzeichnungsberechtigten Geschäftsführer ernannt (act. G 16.2). Zwar ist bei der Selbstorganschaft nach Art. 811 Abs. 1 OR (in der bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen und hier anwendbaren Fassung) ein einseitiger Rücktritt nicht möglich. Weichen die Statuten vom Grundsatz der Selbstorganschaft jedoch ab und werden die Geschäftsführer - wie vorliegend - von der Gesellschafterversammlung gewählt, können diese einseitig von ihrem Amt zurücktreten (Lukas Handschin/Christof Truniger, Die neue GmbH, 2. Aufl., 2006, §14 Rz 76f.). Diesbezüglich kündigte sich der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 28. Februar 2007 selber bzw. trat als Geschäftsführer zurück und beantragte am 30. März 2007 beim Handelsregisteramt St. Gallen, es sei die Löschung des Eintrags als Geschäftsführer (per 31. März 2007) vorzunehmen (act. G 7.3 und 7.5). Zudem müsste wohl beim Stilllegungsbeschluss vom 27. Februar 2007 von einer Übereinkunft betreffend Rücktritt als Geschäftsführer per 31. März 2007 ausgegangen werden (act. G 7.24). Mithin ist für den Zeitpunkt des Rücktritts als Geschäftsführer auf den tatsächlichen Rücktritt per 31. März

2007 abzustellen (vgl. zum massgebenden Zeitpunkt BGE 126 V 137 E. 5b, wonach auf den effektiven Rücktritt abzustellen ist, und nicht auf die Löschung im Handelsregister oder das Datum der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt). Dem Beschwerdeführer verblieb damit ab 1. April 2007 die Stellung als reiner Gesellschafter ohne Geschäftsführungsbefugnis. Mit dem Beschwerdeführer ist festzustellen, dass mit einer derart geringen Beteiligung keine massgebende Mitbestimmung im Sinn des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG möglich ist. Gemäss Art. 15 der Statuten berechtigt jede Stammeinlage von Fr. 1'000.-- zu einer Stimme (act. G 16.2; vgl. auch aArt. 808 Abs. 4 OR), sodass dem Beschwerdeführer lediglich ein Zehntel der Stimmkraft zukommt. Weiter sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die darauf schliessen lassen, der Beschwerdeführer könne jederzeit wieder für die A.\_\_\_\_ GmbH tätig werden, nachdem eher von einer Entfremdung zwischen den Gesellschaftern auszugehen ist und lediglich Einigkeit über die Einstellung der geschäftlichen Aktivitäten besteht. Schliesslich kann dem Beschwerdeführer auch nicht entgegen gehalten werden, er hätte seine Anteile ohne weiteres veräussern können. Gemäss Statuten (Art. 6; act. G 16.2) und Gesetz (aArt. 822 Abs. 2 OR) kann der Austritt nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter bzw. aus wichtigem Grund erfolgen. Der Beschwerdeführer war somit von der Zustimmung der Mitgesellschafterin (C.\_\_\_\_ GmbH) abhängig. Überdies war ein Austritt als Gesellschafter offenbar geplant, geht doch aus einem Schreiben vom 30. März 2007 hervor, dass dieser Punkt mit der anderen Gesellschafterin besprochen worden war (act. G 7.6). Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer, welcher nicht über eine Mehrheitsbeteiligung verfügt, auf Grund der konkreten Umstände weder einen massgeblichen Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens ausüben noch über seine Wiederanstellung als Geschäftsführer disponieren kann. Die Stellung als Geschäftsführer könnte dem Beschwerdeführer jedoch selbst dann nicht entgegengehalten werden, wenn der Rücktritt erst per 2. Mai 2006 wirksam geworden wäre. Es ist nämlich davon auszugehen, dass die A.\_\_\_\_ GmbH ihren Betrieb spätestens auf den 31. März 2007 definitiv eingestellt hat. Diesbezüglich liegt ein Beschluss vor, wonach die Gesellschafter am 27. Februar 2007 die Stilllegung der A.\_\_\_\_ GmbH per 31. März 2007 beschlossen hätten (act. G 7.24). Nach der förmlichen Löschung des Beschwerdeführers als Geschäftsführer im Handelsregister forderte das Handelsregisteramt St. Gallen die A.\_\_\_\_ GmbH am 2. Mai 2007 auf, bis 17. Juni 2007 wieder eine zur Geschäftsführung befugte Person zu bezeichnen, widrigenfalls die Gesellschaft von Amtes wegen aufgelöst werde (act. G 7.29). Weiter liegt eine (nur durch einen Gesellschafter unterzeichnete) Bestätigung vom 20. Juni 2007 vor, wonach am 4. Mai 2007 die Auflösung der A.\_\_\_\_ GmbH beschlossen und die D.\_\_\_\_ Treuhänderin, als Liquidatorin eingesetzt worden sei (act. G 7.29). Trotz offenbar unbenütztem Fristablauf und trotz des Auflösungsbeschlusses vom 4. Mai 2007 wurde die Gesellschaft schliesslich erst mit Gesellschaftsbeschluss vom 10. Juli 2007 aufgelöst (online-Handelsregisterauszug und act. G 16.1). Mit dem Beschwerdeführer ist beim vorliegenden Geschehensablauf insgesamt davon auszugehen, dass die Gesellschaft folgerichtig auf die Einstellung des Betriebs, die Auflösung und schliesslich die Liquidation hinwirkte. Zudem besass diese nach der Löschung des Beschwerdeführers im Handelsregister bzw. bereits ab dessen tatsächlichem Rücktritt per 31. März 2007 keine gesetzeskonforme Geschäftsführung mehr. Es ist mithin nicht davon auszugehen, dass die Gesellschaft in der Zeit vom 1. April 2007 bis zur Liquidation am 11. Juli 2007 den Betrieb ohne Weiteres wieder hätte aufnehmen und Löhne auszahlen können. Schliesslich geht auch der RAV-Berater davon aus, dass finanzielle Probleme, gesundheitliche Schwierigkeiten und Unstimmigkeiten zur Geschäftsaufgabe geführt haben (act. G 7.42).

3.2 Nach dem Gesagten kann dem Beschwerdeführer keine arbeitgeberähnliche Stellung bei der A.\_\_\_\_ GmbH entgegen gehalten werden. Indessen fällt auf, dass der Beschwerdeführer bereits zwei Wochen nach seiner Anmeldung beim RAV wieder eine GmbH gründete. Er habe sich zwar nach Erhalt der Kündigung zuerst bei einigen Firmen beworben. Nach ersten Abklärungen mit seiner Ehefrau und seinem Treuhänder habe sich aber der Weg in die Selbstständigkeit abgezeichnet (Einsprache, S. 2). Bereits am 16. April 2007 wurde die neue B.\_\_\_\_ GmbH ins Handelsregister eingetragen, die denselben Zweck verfolgt wie die aufgelöste A.\_\_\_\_ GmbH (Import/Export und Bearbeitung von Glas; act. G 7.30). Obwohl der RAV-Berater die Arbeitsbemühungen als genügend erachtete (act. G 7.42), erscheint nicht ausgeschlossen, dass der Beschwerdeführer gar nicht ernsthaft an der Aufnahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit interessiert war, sondern nach dem Scheitern des A.\_\_\_\_-Projekts praktisch nahtlos die nächste selbstständige Tätigkeit suchte. Die Kasse wird deshalb - nebst der Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen - auch zu prüfen haben, ob zur Abklärung der Vermittlungsfähigkeit das Zweifelsfallverfahren einzuleiten sei.

#### **E. 4**

4.1 Nach dem in den vorstehenden Erwägungen Gesagten, ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, soweit auf diese einzutreten ist, und die Streitsache zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. 4.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Hingegen hat der Beschwerdeführer bei diesem Verfahrensausgang, der im Hinblick auf die Parteientschädigung als vollständiges Obsiegen gilt, Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Gericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Vorliegend erscheint eine Entschädigung von Fr. 3000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden: 1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 12. Juli 2007 aufgehoben und die Streitsache zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen. Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

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