

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2009/36 vom 19. Januar 2010**

Sg Versicherungsgericht, 2010-01-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2009\\_36](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2009_36)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2009/36 du 19 janvier 2010

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2009/36 del 19 gennaio 2010

## **Regeste**

Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG analog. Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verneint. Der Versicherte blieb weiter im Handelsregister als Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH eingetragen. Damit wird vermutet, dass er eine arbeitsgeberähnliche Stellung weiter inne hat. Die tatsächlichen Gegebenheiten schliessen nicht die Gefahr aus, dass er die Unternehmung jederzeit hätte reaktivieren und sich wieder anstellen können. (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 19. Januar 2010, AVI 2009/36).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. April 2008. Massgebend für diese Beurteilung sind die tatsächlichen Verhältnisse bis zum Erlass des Einspracheentscheids (14. März 2009). Personen mit Gesellschafts- oder sonstiger finanzieller Beteiligung am Betrieb oder in Leitungsfunktion haben gemäss Art. 31 Abs.3 lit. c AVIG des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Diese arbeitgeberähnlichen Personen können die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen. Sie können den Betrieb für eine gewisse Zeit stilllegen und die unternehmerische Dispositionsfreiheit behalten, ihn jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen (BGE 123 V 238f.). Diese Möglichkeit besteht, selbst wenn die Kapitalbeteiligung klein ist und die Person nur über die kollektive Zeichnungsberechtigung verfügt (ARV 1996/1997 Nr. 10 S. 52 E. 3a und b; Urteil C 219/03 vom 2. Juni 2004, E. 2.4 sowie Urteil C 295/03 vom 10. Februar 2005, E. 3.1). Mit dem Ausschluss von der Kurzarbeitslosenentschädigung bezweckt der Gesetzgeber, Gesetzesumgehungen und rechtsmissbräuchliche Leistungsbezüge zu verhindern. In BGE 123 V 234 ff. hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, obwohl diese Bestimmung ihrem Wortlaut nach nur auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten ist, auch im Bereich der Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG analog anwendbar ist. Die Rechtsprechung verlangt deshalb, dass für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung die arbeitgeberähnliche Person ihre Tätigkeit und Stellung im Betrieb definitiv aufgibt.

### **E. 2**

Vorliegend steht fest, dass der Beschwerdeführer auch nach der Auflösung seines Arbeitsverhältnisses als Gesellschafter und Geschäftsführer der A.\_\_\_\_ GmbH im Handelsregister eingetragen geblieben ist. Damit besitzt er grundsätzlich eine arbeitgeberähnliche Stellung. Zu prüfen ist, ob dies genügt, um ihn von der

Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung auszuschliessen.

### **E. 2.1**

Es ist nicht davon auszugehen, dass jeder Arbeitnehmer, der in einer arbeitgeberähnlichen Stellung im Handelsregister eingetragen geblieben ist, stets und schlechthin vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen wäre. Das - nach den tatsächlichen Gegebenheiten - überprüfbare Ausscheiden der arbeitgeberähnlichen Person gibt diesbezüglich den Ausschlag. Wenn es um die Beurteilung der Frage geht, ob diese Person aus der Firma ausgetreten ist, kommt dem Handelsregistereintrag und dessen Löschung zwar eine erhebliche Bedeutung zu. Dieser Eintrag ist nämlich ein wichtiges, einfach zu handhabendes und überprüfbares Kriterium (Urteil K. vom 8. Juni 2004, C 110/03, E. 2.1; Urteil H. vom 25. Januar 2006, C 255/05, E. 2.2). Wie der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers jedoch geltend macht, ist der Handelsregistereintrag nicht das einzige Kriterium (act. G 1). Die Rechtsprechung stellt insbesondere darauf ab, ob der Betrieb nur für eine gewisse Zeit stillgelegt oder definitiv geschlossen worden ist (Urteil C. und R. vom 6. Juni 2002, C 264/01, E. 2c; Urteil K. vom 19. Februar 2003, C 248/02, E. 2.4).

### **E. 2.2**

Unbestritten ist, dass der Gesellschaftszweck der A.\_\_\_\_ GmbH die Führung und den Betrieb der B.\_\_\_\_ der C.\_\_\_\_ AG beinhaltete (act. G 9.1.14- 9.1.16) bis sie ins Liquidationsstadium getreten ist (act. G 3.1/ G 5.1). Der Vereinbarung vom 18. März 2009 betreffend die Auflösung des Pacht- und Betreuungsvertrages zwischen der A.\_\_\_\_ GmbH und der C.\_\_\_\_ AG ist zu entnehmen, dass die Räumlichkeiten und das gesamte Verkaufskonzept der B.\_\_\_\_ von der AG an die GmbH verpachtet waren (act. G 1.2). Die Arbeitgeberbescheinigung belegt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Beschwerdeführer und der GmbH per 31. März 2008 (act. G 9.1.3). Aus diesen Gegebenheiten zieht der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers den Schluss, die GmbH habe den B.\_\_\_\_ nicht mehr betreiben, ihren Zweck nicht weiter erfüllen und keiner wirtschaftlichen Tätigkeit mehr nachgehen können.

### **E. 2.3**

Der Rechtsvertreter lässt damit ausser Acht, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner arbeitgeberähnlichen Stellung in der GmbH weiterhin volle Dispositionsfreiheit beibehalten hat und deshalb die Änderung des Gesellschaftszweckes hätte veranlassen können. Entgegen seiner Auffassung erlangt der Stammanteil an der GmbH in diesem Fall grosse Bedeutung. Die ausserordentliche Gesellschafterversammlung vom 18. März 2008 genehmigte die Abtretung der gesamten Stammeinlage der C.\_\_\_\_ AG in Wert von CHF 5'000 an den Beschwerdeführer und erteilte ihm als Einzelgesellschafter und Geschäftsführer die Einzelunterschrift (act. G 1.4). Im Urteil K. vom 8. Juni 2004 verneinte das Eidgenössische Versicherungsgericht die Aufgabe der arbeitgeberähnliche Stellung bei einer Person, die nach ihrer Entlassung aus der Firma weiterhin als Mitglied des Verwaltungsrats mit Kollektivunterschrift zu Zweien im Handelsregister eingetragen blieb, denn die momentane Stilllegung der Firma hindere die arbeitgeberähnliche Person nicht daran, sich gegebenenfalls selbst wieder einzustellen oder einen allfälligen Reaktivierungsbeschluss und weitere Geschäftsentscheidungen massgeblich zu beeinflussen (C 110/03, E. 2.1; vgl. Urteil D. vom 5. Januar 2005, C 172/04, E. 2.1).

### **E. 2.4**

Die Abgabe der B.\_\_\_\_ und die Kündigung des Arbeitsverhältnisses haben nicht die Tragweite, die ihnen der Beschwerdeführer beimisst.

#### **E. 2.4.1**

Im Urteil K. vom 19. Februar 2003 hat das Bundesgericht festgestellt, dass die Kündigung des Mietvertrages für die Büroräumlichkeiten die Gesellschaft nicht daran hinderte, gegebenenfalls an einem anderen Ort erneut ein Treuhandbüro zu eröffnen (C 248/02, E. 2.5). Im Bundesgerichtsurteil C. und R. vom 6. Juni 2002 haben demgegenüber die gesamten Umstände gegen den Handelsregistereintrag gesprochen. Die arbeitgeberähnlichen Personen hatten sich auf Ende Mai selbst gekündigt und den Mietvertrag über das Geschäftslokal ebenfalls auf Ende Mai aufgelöst. Anfang August war der Konkurs über die Firma eröffnet. Eine jederzeitige Reaktivierung der Firma war somit nicht mehr möglich (C 264/01, E. 2d). Im Bundesgerichtsurteil D. vom 17. März 2003 hatte die Firma X AG Warenvorräte, Maschinen, angefangene Arbeiten und Infrastruktur an eine Drittfirma verkauft und die Räumlichkeiten und Werkstatthallen an andere Unternehmungen vermietet. Die Gesellschaft hatte das Personal entlassen und nur noch das Eigentum über ihre Liegenschaften behalten. Sie war fortan nur noch als Immobilienfirma aufrechterhalten geblieben. Da die Zimmerei vollständig aufgelöst wurde, hatte der Versicherte nach der Kündigung als Zimmermann in dieser Firma keine Anstellung mehr gefunden. Selbst wenn er länger als Verwaltungsratsmitglied im Handelsregister eingetragen geblieben war, hatte angesichts der Liquidation aller Abteilungen mit Ausnahme der Immobilienverwaltung keine Aussicht mehr bestanden, sich gegebenenfalls wieder als Zimmermann einstellen zu lassen (C 219/02, E. 2.2).

#### **E. 2.4.2**

Im vorliegenden Fall reichen die Abgabe des Geschäftslokals und die Arbeitsvertragskündigung per Ende März 2008 nicht, um den Willen zu einem endgültigen Ausscheiden aus dem Betrieb zu belegen. Der Beschwerdeführer vertritt seitdem das gesamte Stammkapital der GmbH. Er hat damit seine Einflussmöglichkeiten vermehrt, wie aus dem Protokoll der a.o. Gesellschafterversammlung vom 18. März 2008 hervorgeht (act. G 1.4). Die GmbH hat sich erst mit dem Beschluss der ausserordentlichen Gesellschafterversammlung vom 30. April 2009 aufgelöst (act. G 3.2.).

#### **E. 2.5**

Wenn der Beschwerdeführer die Unternehmung nicht weiter zu führen gedachte, hätte er sich um die Löschung des Handelsregistereintrags bemühen müssen. Im Bundesgerichtsurteil S. vom 15. März 2006 hatte ein Verwaltungsrat am 31. Dezember 2004 seinen sofortigen Austritt bekannt gegeben. Weder die Gesellschaft noch er selbst hatten die Löschung im Handelsregister veranlasst. An der Generalversammlung vom 5. März 2005 hatte er in seiner Funktion als Verwaltungsrat teilgenommen und erneut auf seinen Austritt hingewiesen. Über drei Monaten nach dieser Generalversammlung war er weiterhin als Verwaltungsrat eingetragen gewesen, womit er seine arbeitgeberähnliche Stellung hätte benutzen bzw. missbrauchen können. Er hatte zudem keine Bemühungen nachgewiesen, die verzögerte Löschung zu beschleunigen. Sein Anspruch war deshalb abgelehnt worden (C 278/05, E. 2.3).

#### **E. 2.5.1**

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht geltend, sein Mandant habe am 4. April 2008 "den Antrag auf Löschung der GmbH gestellt". Das Handelsregisteramt des Kantons

Luzern habe diesem mitgeteilt, es müsse zuerst eine Liquidation durchgeführt werden. Damit sei derzeit Rechtsanwalt Béboux in Luzern betraut (act. G. 1). Warum die Auflösung der GmbH erst am 30. April 2009 stattgefunden hat, erklärt der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nicht.

#### **E. 2.5.2**

Das Schreiben des Beschwerdeführers vom 2. Mai 2008 widerspricht der Behauptung seines Rechtsvertreters. Aus diesem Schreiben ist nicht ersichtlich, dass die Liquidation der GmbH in Frage kam. Stattdessen ist darin nur die Löschung des Beschwerdeführers im Handelsregister angesprochen worden. Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin mitgeteilt, dass die C.\_\_\_\_ AG diese Löschung veranlassen würde (act. G 9.1.13). Letzteres stimmt jedoch nicht mit dem Beschluss der a.o. Gesellschafterversammlung vom 18. März 2008 überein, wonach die anderen zwei Geschäftsführer abberufen worden sind und dem Beschwerdeführer als Einzelgesellschafter und Geschäftsführer die Einzelunterschrift erteilt worden ist. Der Beschwerdeführer war damit ausdrücklich beauftragt worden, die beschlossene Mutation beim Handelsregisteramt des Kantons Luzern anzumelden (act. 1.4).

#### **E. 2.5.3**

Der Beschwerdeführer hat die beschlossene Mutation nicht innert angemessener Frist angemeldet. Rechtsanwalt Béboux hat im Auftrag des Beschwerdeführers erst am 20. April 2009 um die Eintragung der Stammeinlage-Übertragung und der Mutationen in der Geschäftsführung vom 18. März 2008 im Handelsregister ersucht (act. G 1.3). Gegenüber der Beschwerdegegnerin hatte der Beschwerdeführer hingegen die Rechtslage so dargestellt, als ob er sich nicht mehr um das weitere Vorgehen mit der GmbH kümmern müsse (act. G 9.1.13). Dies zeugt davon, dass er nicht bereit gewesen ist, sofort aus dem Betrieb auszuschneiden.

#### **E. 2.6**

Es mag sein, dass ein neuer Franchisevertrag zwischen der A.\_\_\_\_ GmbH und der C.\_\_\_\_ AG undenkbar ist, weil dem Beschwerdeführer wegen einer missbräuchlichen Handhabung der Kundenkarte gekündigt worden ist (act. G 9.12). Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers kann aber nicht gefolgt werden, wenn er behauptet, eine Reaktivierung des Betriebes und eine Wiederanstellung seien realitätsfremd. Die Weiterführung der GmbH hängt nicht vom Geschäftslokal ab. Es ist nicht einzusehen, warum der Beschwerdeführer die nötigen Handlungen zur Auflösung und Liquidation der GmbH nicht längst vorgenommen hat, wenn keine Zukunftsperspektiven mehr bestanden haben. Die verbleibende Eintragung im Handelsregister beweist zwar nicht, dass die arbeitgeberähnliche Person die Unternehmung tatsächlich weiter geführt hat. Die konstante Rechtsprechung bezweckt jedoch nicht nur einem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern auch das Risiko eines solchen zu vermeiden, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (C 278/05, E. 2.3; C 210/03, E. 2; C 110/03 E. 2.2; C 255/05 E. 2.2; C 172/04, E. 2.1).

#### **E. 2.7**

Die Geltendmachung der Aufgabe einer arbeitgeberähnlichen Stellung kann die Wirkung des Handelsregistereintrags nur entkräften, wenn eindeutige und überprüfbare Anhaltspunkte für ein früheres Ausscheiden vorliegen. Im Urteil D. vom 5. Januar 2005 stellte das Bundesgericht auf den Zeitpunkt ab, an welchem die notariellen Urkunden erstellt worden waren (19. September 2003), wonach die Generalversammlung vom

28. August 2003 den Austritt des Versicherten beschlossen hatte (C 172/04, E. 2.2; vgl. C 278/05, E. 2.3). Im vorliegenden Fall gilt frühestens die Erstellung der öffentlichen Urkunde zur Auflösung der A.\_\_\_\_ GmbH (30. April 2009) als ein eindeutiger Beweis für das definitive Ausscheiden des Beschwerdeführers aus dem Betrieb.

### **E. 3**

Bis zum Einspracheentscheid hatte der Beschwerdeführer seine arbeitgeberähnliche Stellung nicht aufgegeben. Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde unter Bestätigung des Einspracheentscheides vom 14. März 2009 abzuweisen. 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 abgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

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