

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/4 vom 17. Oktober 2011**

Sg Versicherungsgericht, 2011-10-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2012\\_4](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2012_4)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/4 du 17 octobre 2011

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2012/4 del 17 ottobre 2011

## **Regeste**

Arbeitgeberähnliche Stellung eines Mehrheitsgesellschafters trotz Auflösungsbeschlusses bejaht, da Missbrauchsgefahr nicht ausgeschlossen werden konnte (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. Oktober 2012, AVI 2012/4). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C\_988/2012. Versicherungsrichterin Marie Löhner (Vorsitz), Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei, a.o. Versicherungsrichter Christian Zingg; Gerichtsschreiber Marc Giger. Entscheid vom 15. Oktober 2012 in Sachen A. \_\_\_\_, Beschwerdeführer, gegen Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, betreffend Arbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung) Sachverhalt:

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Vorliegend streitig und zu prüfen ist die Frage der Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. November 2011.

### **E. 2**

2.1 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 damalige Eidgenössische Versicherungsgericht 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. 8ff. 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 Eidgenössische Versicherungsgericht 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. 383f., 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. 8ff. 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 238f. mit Hinweisen).

2.2 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 beibehielten, 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).

2.3 Vorliegend ist der Beschwerdeführer als Geschäftsführer der B.\_\_\_\_ GmbH arbeitslosenrechtlich als Arbeitnehmer zu betrachten. Sodann steht fest, dass der Versicherte seit 30. August 2007 als Gesellschafter und Geschäftsführer bzw. seit 12. Dezember 2011 als Liquidator der B.\_\_\_\_ GmbH im Handelsregister eingetragen ist. Hätte die Gesellschaft in dieser Zeit ein Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung eingereicht, so wäre dieses auf Grund 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 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 gegeben) oder aber nur "für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt" wird (Anspruch nicht gegeben).

2.4 Aus den Akten ergeht, dass die C.\_\_\_\_ AG als Einsatzbetrieb den Einsatzvertrag mit der B.\_\_\_\_ GmbH bereits per 31. Dezember 2010 gekündigt hat (act. G 3.1 / 15). Das Arbeitsverhältnis zwischen der B.\_\_\_\_ GmbH und dem Versicherten wurde hingegen erst per 31. Oktober 2011 aufgelöst (act. G 3.1 / 13). Wie sich aus den Ausführungen des Beschwerdeführers in seiner Eingabe vom 19. Dezember 2011 an die Beschwerdegegnerin ergibt, erfolgte die Kündigung, weil sich in Aussicht gestellte Aufträge wegen der Rezession verzögerten bzw. ausblieben (vgl. act. G 3.1 / 19). Am 12. Dezember 2011 wurde neu die Liquidation der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen, wobei der Versicherte als Liquidator amtete (act. G 3.1 / 18). Angesichts der tatsächlichen Verhältnisse muss

festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses immer noch massgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen des Unternehmens hatte. Er behielt die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Letzteres gilt gerade mit Blick auf die spezifische Tätigkeit, welche der Beschwerdeführer für die B.\_\_\_\_ GmbH ausübte: Als Analytiker-Programmierer war bzw. ist er bei seiner Arbeit nicht auf eine aufwendige Infrastruktur angewiesen. Die Aufgabe der Geschäftstätigkeit dürfte für die Firma demzufolge kaum mit umfangreichen Liquidationshandlungen verbunden gewesen sein. Dies bedeutet auch, dass der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Mehrheitsgesellschafter die Liquidation rückgängig machen und seine Tätigkeit als Arbeitnehmer wiederaufnehmen könnte (vgl. Manfred Küng / Raphael Camp; Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006, Art. 826 N 16 ff.). Es rechtfertigt sich daher vorliegend kein Abweichen von der grundsätzlichen Regel, dass arbeitgeberähnliche Personen, die als Liquidatoren eingesetzt werden, während der Liquidation keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben. Bezüglich der Auffassung des Beschwerdeführers, der sinngemäss rügt, sein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung würde mit Blick auf die Liquidationsdauer von mindestens einem Jahr übermässig erschwert, ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass bei einfacheren Verhältnissen die Löschung im Handelsregister bereits drei Monate nach der Vermögensverteilung erfolgen kann (Art. 826 Abs. 2 i.V.m. Art. 745 Abs. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches; Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220; zur Möglichkeit der Zwischenpublikation der Beendigung der Liquidation vor Zustimmung der Steuerbehörden vgl. PVG 2002 Nr. 12).

2.5 Gesamthaft ist eine Missbrauchsgefahr aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers bei der B.\_\_\_\_ GmbH somit zu bejahen. Entsprechend hat die Beschwerdegegnerin die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung zu Recht verneint.

### **E. 3**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP 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.