



Fall-Nr.: AVI 2010/1
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 12.09.2019
Entscheiddatum: 27.06.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 27.06.2010

Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Keine arbeitgeberähnliche Stellung nach Kündigung der Geschäftsführerstellung und Löschung der Zeichnungsberechtigung im Handelsregister trotz fortdauernder Gesellschafterstellung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 27. Juni 2010, AVI 2010/1).

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Adrian Rothenberger

Entscheid vom 27. Juni 2010

in Sachen

1. AM.____,

2. BM.____,

Beschwerdeführer,

beide vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Titus Bossart, Schmiedgasse 28, Postfach 546, 9004 St. Gallen,

gegen

UNIA Arbeitslosenkasse, Sektion St. Gallen, Teufenerstrasse 8, Postfach 2163, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,



betreffend

Arbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung)

Sachverhalt:

A.

A.a AM.____, Jahrgang 1969, gründete am 22. April 2008 zusammen mit der A.____ die B.____ (act. G 1.5). Diese bezweckte die Führung und den Betrieb des Tankstellenshops der A.____ (act. G 1.6, 1.8). Am 23. April 2008 wurde der Versicherte als Gesellschafter mit einem Stammanteil von Fr. 45'000.-- und Vorsitzender der Geschäftsführung mit Kollektivzeichnungsberechtigung zu zweien, die A.____ als Gesellschafterin mit einem Stimmrechtsanteil von Fr. 5'000.-- im Handelsregister eingetragen. Ebenfalls als Geschäftsführer mit Kollektivzeichnungsberechtigung zu zweien wurde C.____ eingetragen, der die A.____ bei der Gründung vertreten hatte (act. G 1.11, 1.5). Eine Kollektivzeichnungsberechtigung zu zweien wurde ferner D.____ eingeräumt. Ab 30. April 2008 wurde der Versicherte von der B.____ als Geschäftsführer des Tankstellenshops angestellt (act. G 7.2/4). Dieses Arbeitsverhältnis wurde von der B.____ am 28. Oktober 2008 fristlos aufgelöst (act. G 7.2/2, 7.1/1).

A.b BM.____, die Ehefrau des Versicherten, war ab 28. April 2008 ebenfalls bei der B.____ als Schichtleiter-Verkäuferin angestellt. Auch dieses Arbeitsverhältnis kündigte die B.____ am 28. Oktober 2008 fristlos (act. G 8.1/1, 8.2/2).

A.c Mit Verfügungen vom 14. und 21. November 2008 stellte die Unia Arbeitslosenkasse fest, dass die Versicherten zufolge arbeitgeberähnlicher Stellung von AM.____ ab 31. Oktober 2008 resp. 3. November 2008 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hätten (act. G 1.3, 1.4). Diese Verfügungen erwuchsen in Rechtskraft.

A.d Am 7./8. Mai 2009 stellten die Versicherten bei der Unia Arbeitslosenkasse erneut Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 3. November 2008 (act. G 7.1/1, 8.1/1). Unter Hinweis auf die fortbestehende arbeitgeberähnliche Stellung des Versicherten lehnte



die Arbeitslosenkasse auch diese Anträge je mit Verfügung vom 19. Juni 2009 und Einspracheentscheid vom 7. Dezember 2009 ab (act. G 7.3 - 7.5, 8.3 - 8.5).

B.

B.a Gegen diese Entscheide richtet sich die von Rechtsanwalt Titus Bossart für AM.____ und BM.____ am 6. Januar 2010 beim Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen angehobene Beschwerde mit den Rechtsbegehren, die angefochtenen Entscheide seien aufzuheben und den Beschwerdeführern Arbeitslosengelder spätestens ab 8. Mai 2009 zuzugestehen. Zudem seien die am 14. und 21. November 2008 ergangenen Kassenverfügungen in Wiedererwägung zu ziehen und den Beschwerdeführern ab 1. Dezember 2008 Arbeitslosengelder zuzugestehen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung bringt der Rechtsvertreter insbesondere vor, dass der Beschwerdeführer aufgrund der Statuten der B.____ weder als Gesellschafter noch als Geschäftsführer massgeblichen Einfluss hatte, habe sich die A.____ doch sowohl bei gesellschaftlichen Beschlüssen als auch bei Fragen der Geschäftsführung den Stichentscheid ausbedungen. Auch seien Gründungs- und Pachtvertrag so ausgestaltet, dass der Beschwerdeführer keinen Handlungsspielraum gehabt habe. Der Beschwerdeführer sei nichts anderes als die Marionette der A.____ gewesen, ohne Entscheidungsbefugnisse und ohne die Möglichkeit, innerhalb der GmbH irgendwelche Entscheide selbständig zu fällen. Beim abgeschlossenen Franchisevertrag handle es sich eigentlich um einen verkappten Arbeitsvertrag. Am 28. Oktober 2008 habe die B.____ das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer ohne Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist fristlos aufgelöst. Am 2. Dezember 2008 sei denn auch die Zeichnungsberechtigung des Beschwerdeführers im Handelsregister gelöscht worden. Es stehe somit fest, dass der Beschwerdeführer seit 28. Oktober 2008 keine Geschäftsführungsfunktion mehr inne habe. Die Gesuche der Beschwerdeführer um Arbeitslosenentschädigung seien bereits im November 2008 zu Unrecht abgewiesen worden, worauf wiedererwägungsweise zurückzukommen sei (act. G 1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 2. März 2010 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (act. G7, G8).



B.c Replicando hält der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer am 17. März 2010 an seinen Anträgen fest und verweist im Wesentlichen auf die Begründung in der Beschwerdeschrift (act. G 12). Darüber hinaus legte er ein Schreiben vom 21. Dezember 2009 ins Recht, in dem er der Beschwerdegegnerin mitgeteilt hat, dass der Beschwerdeführer seinen Stammanteil mit Vertrag vom 11./16. Dezember 2009 an die A.____ abgetreten habe und demnach nun auch als Gesellschafter aus der B.____ ausgeschieden sei.

B.d Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf die Einreichung einer Duplik (act. G 14).

Erwägungen:

1.

In BGE 123 V 234 ff. und seither in mehreren Entscheiden hat das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute: Bundesgericht) entschieden, dass Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0), wonach arbeitgeberähnliche Personen und deren mitarbeitende Ehegatten vom Bezug von Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen sind, grundsätzlich auch im Bereich der Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG Anwendung findet. So sei eine Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung nur dann zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung berechtigt, wenn sie aus dem Betrieb definitiv ausscheide, sei dies, weil der Betrieb definitiv geschlossen werde, sei dies, weil sie – obwohl der Betrieb weitergeführt werde – mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliere, derentwegen sie auf Grund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Behalte die Person nach der Entlassung hingegen ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb und könne sie dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, bestehe kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Hintergrund dieser Rechtsprechung ist der Umstand, dass arbeitgeberähnliche Personen – hätten sie in einer solchen Konstellation Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung – ihren fehlenden Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ohne Weiteres zu umgehen vermöchten, indem sie sich selber kündigen und nach dem Bezug von Arbeitslosenentschädigung wieder in derselben Unternehmung anstellen



könnten. Analoges gilt auch für den Ehegatten einer Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung, stünde es der arbeitgeberähnlichen Person doch auch hier frei, ihren Ehegatten zu entlassen und bei besseren wirtschaftlichen Verhältnissen wieder einzustellen. Könnte der Ehegatte in der Zwischenzeit Arbeitslosenentschädigung beziehen, wäre einer Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG Tür und Tor geöffnet. Im Übrigen will die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch als solchem begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen bzw. an ihre mitarbeitenden Ehegatten inhärent ist (Urteil des Bundesgerichts vom 28. November 2008, 8C_722/2008).

2.

2.1 Zu beachten ist aber, dass eine finanzielle Beteiligung an einem Unternehmen für sich alleine nicht ohne Weiteres auf eine arbeitgeberähnliche Stellung schliessen lässt. So ist bei einem nicht geschäftsführenden Gesellschafter anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob er tatsächlich massgebenden Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen hat (vgl. Rz B37 ff. des Kreisschreibens des Staatssekretariats für Wirtschaft [seco] über die Kurzarbeitsentschädigung [KS-KAE]).

2.2 Im vorliegenden Fall verlor der Beschwerdeführer seine Stellung als Geschäftsführer der B.____ unbestrittenermassen am 28. Oktober 2008 (act. G 7.2/3). Am 26. November 2008 wurde die Löschung seiner Kollektivzeichnungsbefugnis zu zweien und seiner Bezeichnung als Vorsitzender der Geschäftsführung im Handelsregister eingetragen. Die Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt erfolgte am 2. Dezember 2008. Spätestens ab Löschung war der Beschwerdeführer demnach nicht mehr geschäftsführender Gesellschafter der B.____. Nachdem der A.____ nach der Entlassung des Beschwerdeführers nach Art. 14 der Statuten der B.____ auch in gesellschaftsrechtlichen Fragen die alleinige Entscheidungskompetenz zukam, steht fest, dass der Beschwerdeführer ungeachtet seiner andauernden finanziellen Beteiligung spätestens mit der Löschung im Handelsregister keinen massgebenden Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen der B.____ mehr hatte. Ab diesem Zeitpunkt haben die Beschwerdeführer deshalb - bei Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen - Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Ob die übrigen



Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, wird die Beschwerdegegnerin noch zu prüfen haben.

3.

Die vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführer beantragte Wiedererwägung der in Rechtskraft erwachsenen Verfügungen der Beschwerdegegnerin vom 14./21. November 2008 bildet nicht Gegenstand der angefochtenen Einspracheentscheide, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann.

4.

4.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Einspracheentscheide vom 7. Dezember 2009 sind aufzuheben und die Sache zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen und zur neuen Verfügung gegenüber beiden Beschwerdeführern an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

4.2 Die Rückweisung zur Neuurteilung gilt praxisgemäss als volles Obsiegen (BGE 132 V 235 E. 6). Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung zulasten der Beschwerdegegnerin (Art. 61 lit. g ATSG). Diese werden vom Versicherungsgericht 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.--. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer beantragt für die Vertretung vor Versicherungsgericht eine Pauschalentschädigung von Fr. 5'000.-- zuzüglich Barauslagen und Mehrwertsteuer. Mit Blick auf vergleichbare Fälle erscheint diese Kostennote zu hoch, zumal die Vertretung zweier Personen aufgrund der engen sachlichen Verknüpfung nur einen geringen Mehraufwand verursacht hat. Mit Blick auf die Praxis des Versicherungsgerichts erscheint eine Entschädigung von Fr. 4'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) als angemessen.



Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG **entschieden:**

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Einspracheentscheide vom 7. Dezember 2009 werden aufgehoben und die Sache zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen im Sinne der Erwägungen und zum Erlass neuer Verfügungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin bezahlt den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen).