



Fall-Nr.:	AVI 2017/46
Stelle:	Versicherungsgericht
Rubrik:	AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum:	03.12.2018
Entscheiddatum:	03.12.2018

Entscheid Versicherungsgericht, 03.12.2018

Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Arbeitgeberähnliche Stellung. Der Beschwerdeführer war auch nach seiner Entlassung als CEO einer AG noch als Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragen. Er macht nicht geltend, diese Stellung tatsächlich früher aufgegeben zu haben, weshalb bis zur Löschung des Eintrags grundsätzlich kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht (Erw. 2.1). Er macht jedoch eine Verletzung der Aufklärungspflicht geltend. Tatsächlich wäre es der Verwaltung bei zumutbarer Sorgfalt möglich gewesen, den Beschwerdeführer früher auf das Leistungshindernis hinzuweisen oder aber den Anspruch direkt zu verneinen (Erw. 2.3 - 2.5) (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 3. Dezember 2018, AVI 2017/46).

Entscheid vom 3. Dezember 2018

Besetzung

Versicherungsrichterinnen Marie-Theres Rüegg Haltinner (Vorsitz),

Marie Löhner und Michaela Machleidt Lehmann; Gerichtsschreiber

Jürg Schutzbach

Geschäftsnr.

AVI 2017/46



St.Galler Gerichte

Parteien

A.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. rer. publ. Michael B. Graf, GN Rechtsanwälte, St.
Leonhard-Strasse 20, Postfach 728, 9001 St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Geltenwilen-strasse 16/18, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

**Arbeitslosenentschädigung (Rückforderung, arbeitgeberähnliche Stellung,
Vertrauensschutz)**

Sachverhalt

A.

A.a A.____ meldete sich am 11. Dezember 2015 zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung ab dem 1. Januar 2016 an, nachdem das bestehende Arbeitsverhältnis als CEO/Delegierter des Verwaltungsrats der B.____ AG mit Aufhebungsvereinbarung vom 30. September 2015 per Ende 2015 aufgelöst worden war (act. G 3.1/56 und 63). In der Folge berechnete die Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen den versicherten Verdienst auf Fr. 12'350.-- und richtete - nach Bestehen der 20-tägigen Karenzfrist - ab Februar 2016 Arbeitslosentaggelder aus (act. G 3.1/48 und 50). Am 7. März 2016 teilte die Arbeitslosenkasse dem Versicherten mit, dass er bei der B.____ AG immer noch als Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragen und deshalb von einer arbeitgeberähnlichen Stellung auszugehen sei (act. G 3.1/47). Mit Stellungnahme vom 5. April 2016 machte A.____ geltend, er habe seine sämtlichen Aktien an C.____ übertragen. Durch diese Übernahme habe er gemäss



Aktionärbindungsvertrag per 1. Januar 2016 auch seinen Verwaltungsratssitz bei der B.____ AG verloren. Dieser gehe an C.____, der neu über einen Aktienanteil von über 15 % verfüge, was gemäss Aktionärbindungsvertrag zur Einsitznahme in den Verwaltungsrat berechtige. C.____ habe ihn auf Grund anderweitiger zeitraubender Beschäftigungen und fehlenden Unternehmens- und Branchenkenntnissen mandatiert, dessen Interessen in und an der Gesellschaft zu vertreten. Damit verbleibe er ab dem 1. Januar 2016 als Interessenvertreter eines Aktionärs als gewöhnliches Mitglied im Verwaltungsrat der Gesellschaft (act. G 3.1/42).

A.b Mit Verfügung vom 29. April 2016 wies die Arbeitslosenkasse St. Gallen den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Januar 2016 ab. Gleichzeitig forderte sie von A.____ bereits ausgerichtete Leistungen in Höhe von Fr. 6'949.75 zurück. Er sei nach wie vor als Mitglied des Verwaltungsrats im Handelsregister eingetragen, anfangs als Delegierter, nun als Mitglied mit Kollektivunterschrift zu zweien. Damit gehöre er zum obersten betrieblichen Entscheidungsgremium und habe keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (act. G 3.1/37). Die dagegen erhobene Einsprache vom 17. Mai 2016 wies die Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 29. September 2016 ab. Der Versicherte hatte geltend gemacht, er sei seit dem 1. Januar 2016 kein mitarbeitender Verwaltungsrat mehr, weshalb eine massgebliche Beeinflussung zu verneinen sei. Ausserdem sei der Eintrag als Verwaltungsrat am 10. Mai 2016 im Handelsregister gelöscht worden. Zur ergänzenden Einsprachebegründung vom 17. Juni 2016, mit welcher der Einsprecher geltend gemacht hatte, die Kasse hätte ihn auf die Folgen des weiterhin bestehenden Handelsregistereintrags aufmerksam machen müssen, nahm die Kasse - offenbar, weil das Schreiben im elektronischen Dossier nicht vorhanden war - keine Stellung (act. G 3.1/17 Beilage 6, 23, 29, 31, 35).

A.c Die dagegen erhobene Beschwerde vom 20. Oktober 2016 hiess das Versicherungsgericht mit Entscheid vom 6. Juni 2017 gut, da es eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Arbeitslosenkasse festgestellt hatte (Ausserachtlassen der Einspracheergänzung vom 17. Juni 2016). Es wies die Sache sodann zur neuen Entscheidung an diese zurück (act. G 3.1/8 und 18).

A.d Mit Entscheid vom 4. Juli 2017 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache vom 17. Mai 2016/17. Juni 2016 erneut ab, da der Beschwerdeführer bis Mai 2016 eine



arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe. Daran ändere nichts, dass er das Verwaltungsratsmandat ab dem 1. Januar 2016 nach Weisungen des Aktienerwerbers habe ausüben müssen. Zur Frage des Vertrauensschutzes führte sie aus, die Beratungs- und Aufklärungspflicht könne nicht so weit gehen, dass die Sozialversicherung jederzeit verpflichtet sei, die Antragsteller sofort auf Leistungshindernisse hinzuweisen und aufzuzeigen, wie der Sachverhalt gestaltet werden müsse, um in den Genuss der Leistungspflicht zu kommen (act. G 3.1/2 Beilage 2).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 18. Juli 2017 mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 4. Juli 2017. Die Beschwerdegegnerin sei alsdann zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für die Zeit vom 1. Januar 2016 bis zum 10. Mai 2016 und für die darauf folgenden Wartetage die gesetzliche Arbeitslosenentschädigung auszurichten. Der Verwaltungsrat der B.____ AG habe das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer gegen dessen Willen per 31. Dezember 2015 beendet, womit dieser auch seine Funktion als Delegierter des Verwaltungsrats verloren habe. Per 4. Januar 2016 habe sodann C.____ vom Beschwerdeführer dessen Aktien der B.____ AG übernommen, womit der Beschwerdeführer sein verbliebenes Verwaltungsratsmandat gemäss den Weisungen des Aktienübernehmers auszuüben gehabt habe. Der Beschwerdeführer sei somit ab 1. Januar 2016 kein mitarbeitender Verwaltungsrat mehr gewesen. Eine Selbstbestimmung über die Gesellschaft oder auch nur eine massgebliche Beeinflussung durch den Beschwerdeführer - und damit die Gefahr eines Missbrauchs einer arbeitgeberähnlichen Stellung - seien somit auch für den Zeitraum vor dem 10. Mai 2016 zu verneinen. Unter diesen Umständen gehe es nicht an, den Beschwerdeführer vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auszuschliessen. Im Weiteren habe der Beschwerdeführer bereits in der Anmeldung zum Leistungsbezug vom 1. Dezember 2015 (Eingang: 11. Dezember 2015) korrekt angegeben, dass er am Betrieb des letzten Arbeitgebers beteiligt sei und dem obersten Entscheidgremium angehöre. Die gleiche Auskunft habe auch die B.____ AG in ihrer Arbeitgeberbescheinigung vom 1. Dezember 2015 erteilt. Die Arbeitslosenkasse habe den Beschwerdeführer jedoch erst mit Schreiben vom 7. März 2016 auf die in Frage



stehende Anspruchsberechtigung aufmerksam gemacht. Die Fragen des Erhebungsbogens, der dem Beschwerdeführer gleichzeitig zugestellt worden sei, liessen ebenfalls nicht auf einen absoluten Ausschluss eines Verwaltungsrats vom Leistungsanspruch schliessen. Nach Art. 27 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1; abgekürzt: ATSG) seien Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereichs die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären. Unterbleibe eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten gewesen sei, habe die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt. Eine solche Auskunft sei jedoch bis zum 7. März 2016 unterblieben und sei auch dann nicht mit der erforderlichen Klarheit erfolgt. Vielmehr sei der Eindruck erweckt worden, die Annahme eines massgeblichen Einflusses könne mittels Stellungnahme widerlegt werden. Erst in der Verfügung vom 29. April 2016 sei eine Begründung enthalten, aus welcher auch ein juristischer Laie allenfalls entnehmen könne, dass der Ausschluss von der Anspruchsberechtigung ungeachtet der weiteren Umstände erfolge. Erst jetzt habe sich der Beschwerdeführer veranlasst sehen können, eine anwaltliche Beratung in Anspruch zu nehmen und das Verwaltungsratsmandat niederzulegen, was er auch umgehend getan habe. Dies hätte er auch getan, wenn er die gleichen Auskünfte umgehend nach seiner Anmeldung vom 11. Dezember 2015 erhalten hätte. In diesem Fall hätte er das Mandat für den Übernehmer der Aktien gar nie angenommen bzw. auf seinen früheren "eigenen" Verwaltungsratssitz als Aktionär verzichtet. Die Gründe für den verzögerten Austritt lägen allein in der fehlerhaften Prüfung des Anspruchs durch die Beschwerdegegnerin. Auf Grund der unterbliebenen pflichtgemässen und rechtzeitigen Aufklärung des Beschwerdeführers betreffend die Auswirkungen der weiteren Verwaltungsratsstätigkeit dürfe diesem kein Nachteil daraus erwachsen, dass sein Austritt aus dem Verwaltungsrat erst im Mai 2016 erfolgt sei (act. G 1).

B.b Mit Beschwerdeantwort vom 11. September 2017 beantragt die Verwaltung Abweisung der Beschwerde. Amte ein Arbeitnehmer als Verwaltungsrat, so sei eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinn der betreffenden Regelung von Gesetzes wegen gegeben, und zwar selbst dann, wenn seine Kapitalbeteiligung klein sei. Ob es sich dabei um eine blosser "pro forma"-Berechtigung gehandelt habe, sei



nicht weiter zu prüfen, denn es sei unerheblich, welche Einflussmöglichkeiten die versicherte Person tatsächlich gehabt habe (act. G 3). Ein weiterer Schriftenwechsel fand nicht statt.

Erwägungen

1.

1.1 Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) 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 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 ist. 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 leitender Funktion des Betriebes). Der Leistungsausschluss auf Grund von Art. 31 Abs. 3 lit. c i.V.m. Art. 8 AVIG sei allerdings absolut zu verstehen, das heisst, es muss kein Rechtsmissbrauch beziehungsweise keine absichtliche Rechtsumgehung von Kurzarbeit nachgewiesen werden (BGE 123 V 234). 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. 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 weiterbestehe, 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 (BGE 123 V 238 f., mit Hinweisen). So ergebe sich die massgebliche Einflussnahme von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 804 ff. OR), gleich wie bei Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräten bei einer Aktiengesellschaft (Art. 716 ff. OR), von Gesetzes wegen und eine Prüfung der effektiven Entscheidungsbefugnisse könne ausbleiben (Urteil des Bundesgerichts vom 14. November 2012, 8C_776/2011 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts vom 18. November 2014, 8C_729/2014 E. 3.2).

1.2 Damit eine versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ihr Ausscheiden aus der Firma beziehungsweise die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung definitiv sein. Das geforderte Ausscheiden muss anhand eindeutiger Kriterien gemessen werden können, welche keinen Zweifel am definitiven Austritt aus der Gesellschaft übrig lassen (Urteil des EVG vom 16. Juni 2004, C 210/03). Die Rechtsprechung berücksichtigt dabei den Eintrag im Handelsregister als wichtiges und einfach zu handhabendes Kriterium, um die arbeitgeberähnliche Stellung zu beurteilen. Grundsätzlich werde erst mit der Löschung des Eintrags der arbeitgeberähnlichen Person im Handelsregister (Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB]) für Dritte in verlässlicher Weise kundgetan, dass die Person definitiv aus der Firma ausgetreten sei beziehungsweise die arbeitgeberähnliche Stellung endgültig aufgegeben habe. Widersprechen die tatsächlichen Gegebenheiten eindeutig und nachweislich dem Handelsregistereintrag, sei von ersteren auszugehen. Könne zum Beispiel der tatsächliche Rücktritt in zeitlicher Hinsicht anhand eines Beschlusses der



Generalversammlung (Rücktritt aus dem Verwaltungsrat) oder einer notariellen Urkunde (z.B. Übertragung der GmbH-Stammanteile an eine Drittperson) nachgewiesen werden, sei bereits dieser Zeitpunkt für das definitive Ausscheiden entscheidend. Blicke die versicherte Person beispielsweise trotz Rücktritt aus dem Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragen, verbleibe auch ein Missbrauchsrisiko. Fehlten dann jegliche Bemühungen der versicherten Person, die sich verzögernde Löschung zu beschleunigen, bestünde weiter kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Urteil des EVG vom 15. März 2006, C 278/05).

2.

2.1 Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, seine arbeitgeberähnliche Stellung sei mit der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses als Delegierter des Verwaltungsrats bzw. Chief Executive Officer (CEO) durch den Verwaltungsrat und der Übertragung seiner Aktien auf C.____ erloschen, habe er doch das weiterhin bestehende Verwaltungsratsmandat lediglich auf Weisung des Aktienerwerbers ausgeübt. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend (und es ist auch aus den Akten nicht ersichtlich), dass er das Mandat - trotz weiterhin bestehendem Handelsregistereintrag - tatsächlich bereits per Ende 2015 niedergelegt hätte. Vielmehr übte er das Mandat unbestrittenermassen weiter aus. Wie in vorstehender Erwägung 1.1 ausgeführt, ist bei einem bestehenden Verwaltungsratsmandat von Gesetzes wegen von einer massgeblichen Einflussmöglichkeit auf die Willensbildung der Gesellschaft auszugehen, ohne dass im Einzelfall geprüft werden müsste, welchen Einfluss ein Mitglied des Verwaltungsrats tatsächlich ausübt oder ob es sich an Weisungen etwa eines Aktionärs hält. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, er habe lediglich auf Weisung des Aktienerwerbers gehandelt, ist mithin unbehelflich. Wie engmaschig diese Weisungen im Übrigen gewesen sein mögen - nachdem der Erwerber nach eigenen Angaben des Beschwerdeführers weder über die nötige Zeit noch über die nötigen Unternehmens- und Branchenkenntnisse verfügt habe, um das Mandat selber ausüben zu können - kann dahingestellt bleiben. Nachdem der Handelsregistereintrag über den 1. Januar 2016 hinaus nicht nur pro forma existierte, sondern der Beschwerdeführer sein Mandat zugestandenermassen weiterhin ausgeübt hatte, kann nicht davon ausgegangen werden, er habe seine arbeitgeberähnliche Stellung tatsächlich bereits vor der Löschung im Handelsregister eingebüsst. Als Zwischenergebnis ist deshalb



festzustellen, dass auch für den vorliegend streitigen Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis zum 10. Mai 2016 eine arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers in der B.____ AG bestand und er nicht sämtliche Eigenschaften, die ihn vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliessen, verloren hatte. Für den Zeitraum vor dem 11. Mai 2016 besteht somit grundsätzlich kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

2.2 Im Weiteren macht der Beschwerdeführer geltend, die Beschwerdegegnerin habe ihre Aufklärungspflicht verletzt, indem sie ihn nicht frühzeitig darauf aufmerksam gemacht habe, dass ein bestehender Handelsregistereintrag den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gefährden könne. So habe er bereits in seinem Antrag vom 1. Dezember 2015 (Eingang: 11. Dezember 2015) die Formularfrage 28, ob er am Betrieb des letzten Arbeitgebers beteiligt sei oder einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehöre (z.B. Aktionär, Verwaltungsrat einer AG), bejaht. Wenn mit der angefochtenen Verfügung sinngemäss festgestellt werde, dass bereits der Status als Verwaltungsrat bei der ehemaligen Arbeitgeberin eine unwiderlegbare Fiktion für eine arbeitgeberähnliche Stellung und damit ein unbedingtes Hindernis für die Leistung des Arbeitslosentaggeldes begründen soll, sei nicht daran zu zweifeln, dass der Beschwerdegegnerin bereits mit der Anmeldung eine für den Leistungsanspruch wesentliche Tatsache mitgeteilt worden sei. Dies habe eine dahin gehende Beratungspflicht der Arbeitslosenversicherung ausgelöst, als sie dem Beschwerdeführer umgehend hätte mitteilen müssen, dass keine Leistungen ausgerichtet werden könnten, solange er im Verwaltungsrat der B.____ AG verbleibe. Eine solche Auskunft sei bis am 7. März 2016 nicht erfolgt, und auch dann nicht mit der erforderlichen Klarheit. Vielmehr sei mit diesem Schreiben der Eindruck erweckt worden, die Annahme eines massgeblichen Einflusses könne mittels Stellungnahme widerlegt werden. Erst mit der Verfügung vom 29. April 2016 sei dem Beschwerdeführer eine Begründung vorgelegt worden, aus welcher auch ein juristischer Laie allenfalls hätte schliessen können, dass ihm als Verwaltungsrat seiner ehemaligen Arbeitgeberin in jedem Fall ungeachtet der weiteren Umstände eine Arbeitslosenentschädigung verwehrt werden solle. Mit seinem raschen Vorgehen nach Zustellung der Verfügung vom 29. April 2016 habe er bewiesen, dass er die hier streitige Stellung ohne Weiteres umgehend habe aufgeben können. Demgegenüber vertritt die Beschwerdegegnerin die Auffassung, die Beratungs- und Aufklärungspflicht



könne nicht so weit gehen, dass die Sozialversicherung jederzeit verpflichtet sei, die Antragstellenden sofort auf Leistungshindernisse hinzuweisen und aufzuzeigen, wie der Sachverhalt gestaltet werden müsse, um in den Genuss der Leistungspflicht zu kommen.

2.3 Entgegen dieser Ansicht hat das Bundesgericht (bzw. das vormalige Eidgenössische Versicherungsgericht) wiederholt ausgeführt, dass der Versicherungsträger die versicherte Person in Nachachtung von Art. 27 Abs. 2 ATSG darauf aufmerksam machen muss, dass ihr Verhalten den Leistungsanspruch gefährden kann. Dabei hat das Bundesgericht (bzw. das Eidgenössische Versicherungsgericht) gerade auch das mögliche Vorliegen einer arbeitgeberähnlichen Stellung eines Verwaltungsrats als aufklärungspflichtigen Tatbestand angesehen (Urteil vom 28. Oktober 2005 [C 157/05] E. 4.4 unten und 6.2; Urteil vom 21. Dezember 2005 [C 9/05] E. 3.4 unten; BGE 133 V 249 E. 7.2). Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt (BGE 124 V 221, 113 V 71 Erw. 2, 112 V 120 Erw. 3b; ARV 2003 S. 127 Erw. 3b, 2002 S. 115 Erw. 2c, 2000 S. 98 Erw. 2b; vgl. auch Meyer-Blaser, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, in: ZSR NF 111 [1992] II S. 299 ff., S. 412 f.). Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten. Gemäss Rechtsprechung und Doktrin ist dies der Fall, 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 127 I 36 Erw. 3a, 126 II 387 Erw. 3a; RKUV 2000 Nr. KV 126 S. 223; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 121 V 66 Erw. 2a mit Hinweisen). In Fällen unterbliebener Auskunftserteilung lautet die



dritte Voraussetzung: wenn die Person den Inhalt der unterbliebenen Auskunft nicht kannte oder deren Inhalt so selbstverständlich war, dass sie mit einer anderen Auskunft nicht hätte rechnen müssen (vgl. zum Ganzen Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts vom 28. Oktober 2005 [C 157/05] E. 5).

2.4 Vorliegend anerkannte die Beschwerdegegnerin zunächst grundsätzlich den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosentaggelder, indem sie am 4. Februar 2016 und 3. März 2016 entsprechende Taggeldabrechnungen für die Kontrollperioden Januar und Februar 2016 erstellte (wenn auch für den Januar 2016 auf Grund der zu bestehenden Wartetage noch keine Auszahlung erfolgte [act. G 3.1/48 und 50]). Der Beschwerdeführer hatte somit zu diesem Zeitpunkt keine Veranlassung, aus dem Verwaltungsrat auszutreten. Mit Schreiben vom 7. März 2016 teilte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer sodann mit, sie gehe davon aus, dass er als Delegierter des Verwaltungsrats mit Kollektivunterschrift zu zweien die Entscheidungen der Gesellschaft massgeblich beeinflussen könne. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt nachweislich nicht mehr als Delegierter des Verwaltungsrats, sondern nur noch als "einfaches" Mitglied des Verwaltungsrats mit Kollektivunterschrift zu zweien im Handelsregister eingetragen war (act. G 3.1/41), sind diese Ausführungen tatsächlich insofern missverständlich, als damit der Eindruck erweckt wurde, das Beweisthema einer möglichen Stellungnahme bestehe in der tatsächlichen Einflussmöglichkeit des Beschwerdeführers. Die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 5. April 2016 fiel denn auch dementsprechend aus, indem dieser vor allem dargelegt hatte, er habe de facto und de iure keinerlei Einfluss auf die Unternehmung gehabt, obwohl dies eigentlich in seinem Interesse gewesen wäre (act. G 3.1/42 S. 193). Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerdegegnerin allgemeine Ausführungen zur Rechtslage machte, führen doch diese ebenfalls kaum zu mehr Klarheit. So wurde etwa ausgeführt, dass unter anderem dann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden könne, wenn das Unternehmen zwar weiter bestehe, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliere, derentwegen er bei Kurzarbeit auf Grund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgenommen wäre. Aus diesen Ausführungen ist dann nichts gewonnen, wenn gleichzeitig der Eindruck erweckt wird, die Eigenschaft, derentwegen jemand vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen ist, bestehe in der tatsächlichen



Einflussmöglichkeit, wofür aber lediglich eine verhandelbare Vermutung bestehe. Weiter wird - ebenfalls missverständlich - ausgeführt, entscheidend für die Organstellung sei weder der Handelsregistereintrag noch die Unterschriftsberechtigung, solange die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich beeinflusst werden könne. Damit wird ebenfalls suggeriert, entscheidend sei (nur) die tatsächliche Einflussmöglichkeit auf die Willensbildung der Gesellschaft. Dagegen wird im Schreiben vom 7. März 2016 nirgends deutlich darauf hingewiesen, dass ein bestehender Handelsregistereintrag als Verwaltungsrat einer AG auf Grund der ex lege gegebenen Einflussmöglichkeit dem Anspruch auf Arbeitslosentaggelder grundsätzlich entgegen steht, es sei denn, der Beschwerdeführer könne einen früheren tatsächlichen Rücktritt zweifelsfrei nachweisen. Damit wäre das Beweisthema der Stellungnahme korrekterweise auf einen früheren tatsächlichen Rücktritt als Verwaltungsrat beschränkt gewesen. Der Beschwerdeführer hatte somit auch nach dem Schreiben vom 7. März 2016 keinen Anlass, sofort aus dem Verwaltungsrat auszutreten und sich im Handelsregister löschen zu lassen. Einen solchen Anlass bildete erst die Verfügung vom 29. April 2016, worin die Beschwerdegegnerin zum einen den Anspruch nunmehr konkret verneinte und dies erstmals mit der erforderlichen Klarheit damit begründete, dass bei bestehendem Handelsregistereintrag als Verwaltungsrat definitionsgemäss von einem massgebenden Einfluss auszugehen sei (act. G 3.1/35 S. 164). In der Folge veranlasste der Beschwerdeführer (je nach Zustelldatum der Verfügung) innert maximal zehn Tagen die Löschung seines Verwaltungsratsmandates im Handelsregister. Durch dieses Handeln hat er belegt, dass er bereit und auch rechtlich in der Lage war, das Mandat praktisch ohne Verzug niederzulegen. Es erscheint mithin plausibel, dass er dazu auch früher bereit und in der Lage gewesen wäre, wäre er früher über den Ausschlussgrund des bestehenden Handelsregistereintrags in Kenntnis gesetzt worden. Daran ändert auch nichts, dass der Beschwerdeführer selber davon ausgeht, die Weiterführung seiner Stellung als Verwaltungsrat sei auch in seinem Interesse als Gründungsmitglied der Gesellschaft gewesen (Stellungnahme vom 5. April 2016 [act. G 3.1/42 S. 193]), hat er sich doch nach Kenntnis des Ausschlussgrundes sofort gegen die Weiterführung des Verwaltungsratsmandats und für die Beseitigung des einem Bezug von Arbeitslosenentschädigung entgegenstehenden Hindernisses entschieden.

2.5 Nachdem grundsätzlich von einer unterbliebenen Aufklärung auszugehen ist und die Voraussetzungen für den Vertrauensschutz gemäss Erwägung 2.3 erfüllt sind - 1.



Die Unterlassung der Beschwerdegegnerin erfolgte in Bezug auf eine bestimmte Person; 2. Die Beschwerdegegnerin war zur Erteilung der Auskunft zuständig; 3. es gibt keine Anzeichen, dass der Beschwerdeführer den Inhalt der unterbliebenen Auskunft kannte; 4. der Beschwerdeführer hat eine Disposition getroffen, die nicht ohne Nachteil (bzw. überhaupt nicht) rückgängig gemacht werden kann, indem er länger im Verwaltungsrat verblieben ist; 5. die gesetzliche Ordnung hat keine Änderung erfahren -, ist der Beschwerdeführer so zu stellen, wie wenn er früher auf den Ausschlussgrund eines Handelsregistereintrags als Verwaltungsrat hingewiesen worden wäre. Dies bedeutet jedoch nicht automatisch, dass er wie beantragt ab dem 1. Januar 2016 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. So hat die Verwaltung ihre Beratungs- und Aufklärungspflicht bei jeder gebotenen Befassung mit der fraglichen Versicherungsangelegenheit wahrzunehmen, selbst wenn fraglich erscheint, ob die versicherte Person die Gestaltungsmöglichkeit tatsächlich nutzen könne und werde (vgl. Urteil vom 28. Oktober 2005 [C 157/05] E. 4.4 unten, mit Hinweis auf die deutsche Literatur zu § 14 des deutschen Sozialgesetzbuches [SGB]). Dem Versicherungsträger bzw. dessen Organen ist damit eine angemessene Frist zur Prüfung einer Anmeldung zum Leistungsbezug einzuräumen. Vorliegend ging die Anmeldung vom 1. Dezember 2015 am 11. Dezember 2015 bei der Beschwerdegegnerin ein (act. G 3.1/60). Am 4. Februar 2016 befasste sie sich erstmals mit der Angelegenheit, indem sie an diesem Datum die Taggeldabrechnung für die Kontrollperiode Januar 2016 erstellt hatte (act. G 3.1/50). Diese Bearbeitungszeit von gut anderthalb Monaten ist nicht zu beanstanden, zumal noch die Weihnachts- und Neujahrszeit dazwischen lag. Anlässlich dieser Befassung mit der Angelegenheit hätte die Beschwerdegegnerin aber unter Anwendung der zumutbaren Sorgfalt auf die im Anmeldeformular deklarierte arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers aufmerksam werden müssen. Im Weiteren wäre eine unmissverständliche Aufklärung des Beschwerdeführers dahingehend geboten gewesen, als bei einer Person, die als Verwaltungsrat einer AG im Handelsregister eingetragen ist, von Gesetzes wegen eine massgebende und damit arbeitgeberähnliche Stellung, mithin ein Ausschlussgrund vorliegt und eine Ausnahme lediglich dann gemacht werden kann, wenn die betreffende Person nachweislich zu einem früheren Zeitpunkt aus dem Verwaltungsrat zurückgetreten ist. Die Beschwerdegegnerin hätte das Leistungsgesuch am 4. Februar 2016 aber auch mit korrekter Begründung direkt abweisen können, ist doch bei beabsichtigter Abweisung



eines Antrags nicht zwingend eine vorgängige Anhörung nötig (vgl. BGE 133 V 249 E. 7.3; vgl. auch Art. 42 ATSG). Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass der Beschwerdeführer - hätte man ihn am 4. Februar 2016 über die Rechtslage aufgeklärt oder aber sofort die Verneinung des Anspruchs verfügt - nicht ebenfalls baldmöglichst von seinem Verwaltungsratsmandat zurückgetreten wäre und die Löschung des entsprechenden Handelsregistereintrags veranlasst hätte. Die unterlassene Auskunft - bzw. die verspätete Abweisung des Anspruchs - erscheint mithin kausal für die verspätete Löschung des fraglichen Handelsregistereintrags. Indessen ist die Annahme gerechtfertigt, dass auch bei rechtzeitiger Aufklärung bzw. Abweisung eine Zeitspanne von zehn Tagen zwischen der gebotenen Mitteilung bzw. Verfügung vom 4. Februar 2016 und der Löschung im Handelsregister verstrichen wäre. Mithin hätte die arbeitgeberähnliche Stellung bis 14. Februar 2016 angedauert; ab 15. Februar 2016 wäre das Hindernis weggefallen. Nachdem auch die Beschwerdegegnerin davon ausgeht, dass die Anspruchsvoraussetzungen grundsätzlich erfüllt sind, besteht ab diesem Datum Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Für die Zeitspanne vom 1. Januar 2016 bis zum 14. Februar 2016 besteht mithin kein Anspruch. Für diesen Zeitraum bereits ausgerichtete Leistungen sind zurückzuerstatten. Zu Recht wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten, dass die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung erfüllt sind. So war die Ausrichtung von Taggeldern während des bestehenden Handelsregistereintrags als Verwaltungsrat auf Grund der gegebenen arbeitgeberähnlichen Stellung zweifellos unrichtig. Die Berichtigung ist zudem von erheblicher Bedeutung (vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG).

3.

3.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und festzustellen, dass der Beschwerdeführer ab dem 15. Februar 2016 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Bereits für den Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis zum 14. Februar 2016 ausgerichtete Taggeldleistungen sind zurückzuerstatten bzw. zu verrechnen. Die Sache ist zur Neuberechnung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

3.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine partielle



St.Galler Gerichte

Parteientschädigung. Diese wird 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 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (HonO; sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.-- bis Fr. 12'000.--. Bei vollständigem Obsiegen wäre dem Beschwerdeführer mit Blick auf die Bedeutung der Streitsache und den Aufwand eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zugesprochen worden. Wegen des nur teilweisen Obsiegens, das betragsmässig etwa einem Obsiegen im Umfang von zwei Dritteln entspricht, erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 4. Juli 2017 aufgehoben und festgestellt, dass der Beschwerdeführer ab dem 15. Februar 2016 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Für den Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis zum 14. Februar 2016 ausgerichtete Taggeldleistungen sind zurückzuerstatten. Die Streitsache wird sodann zur Neuberechnung des Anspruchs an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.