



**Fall-Nr.:** AVI 2019/46  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 09.06.2021  
**Entscheiddatum:** 02.11.2020

### **Entscheid Versicherungsgericht, 02.11.2020**

**Art. 31 und 95 AVIG; Art. 25 und 53 ATSG Die arbeitgeberähnliche Stellung eines Verwaltungsratsmitglieds einer Anstalt nach liechtensteinischem Recht ergibt sich direkt aus dem Gesetz. Der Beizug der Statuten erübrigt sich damit ebenso wie eine Einzelfallprüfung. Fristgerechte Rückforderung zu viel erbrachter Versicherungsleistungen. Die Publizitätswirkung des Handelsregisters gilt nicht ohne Weiteres auch für liechtensteinische Handelsregistereinträge (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 2. November 2020, AVI 2019/46). Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts 8C\_6/2021.**

#### **Entscheid vom 2. November 2020**

Besetzung

Versicherungsrichterinnen Marie-Theres Rüegg Haltinner (Vorsitz), Marie Löhner und Michaela Machleidt Lehmann; Gerichtsschreiberin Felicia Sterren

Geschäftsnr.

AVI 2019/46

Parteien

**A.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch Rechtsanwalt Mag. iur. Antonius Falkner, Pflugstrasse 32, 9490 Vaduz,



gegen

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

**Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand

**Arbeitslosenentschädigung und Rückerstattung  
(arbeitgeberähnliche Stellung; internationaler Sachverhalt)**

**Sachverhalt**

**A.**

**A.a.** A.\_\_\_\_ meldete sich am 8. April 2019 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (nachfolgend: RAV) erneut zur Arbeitsvermittlung an (act. G5.1/126 f.) und stellte bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Kasse) einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Mai 2019 (act. G5.1/96 ff.).

**A.b.** Mit Verfügung vom 7. Mai 2019 lehnte die Kasse den Antrag des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. Mai 2019 und rückwirkend auch den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. März 2016 ab und forderte die im Zeitraum vom 1. März 2016 bis 28. Februar 2017 und 1. November 2017 bis 28. Februar 2018 ausbezahlten Leistungen in der Höhe von Fr. 31'476.05 zurück. Zur Begründung führte sie aus, die Beitragszeiten für die geleistete Arbeitslosenentschädigung habe der Versicherte aus dem Unternehmen B.\_\_\_\_ in C.\_\_\_\_ (Liechtenstein) nachgewiesen. Aus dem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 1. Mai 2019 sowie aus dem Handelsregistrauszug der B.\_\_\_\_ sei ersichtlich, dass der Versicherte seit Juni (richtig: Juli) 2013 als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift eingetragen sei. Diese Tatsache habe er in seinem Antrag vom 22. Februar 2016 nicht mitgeteilt. Es bestehe somit eine arbeitgeberähnliche Stellung, womit die Voraussetzungen zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung nicht gegeben seien, sodass der Antrag auf Leistungen ab dem 1. Mai 2019 abzulehnen und die erbrachten Leistungen für die



## St.Galler Gerichte

Rahmenfrist vom 1. März 2016 bis 28. Februar 2018 zurückzufordern seien (act. G5.1/87 ff.).

**A.c.** Gegen diese Verfügung erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt Antonius Falkner, am 20. Mai 2019 Einsprache. Bereits im Jahr 2014 sei im Rahmen eines Einspracheverfahrens vor dem RAV geklärt worden, dass der Versicherte keine selbständige Tätigkeit ausübe. Im Vertrauen auf diesen Einspracheentscheid habe der Versicherte in den Folgejahren weiterhin Ansprüche geltend gemacht und Leistungen erhalten. Er übe bei der B.\_\_\_\_ eine reine Organfunktion aus und sei nur befugt, im Rahmen von Verwaltungsratssitzungen diverse Entscheidungen zu treffen. Für das operative Geschäft sei der Geschäftsführer tätig. Nur aus reiner Kulanz sei ihm von der B.\_\_\_\_ die Möglichkeit eingeräumt worden, diverse Teilzeitarbeiten zu erledigen, dies gegen Entlohnung wie sonstige Arbeitnehmer der Gesellschaft (act. G5.1/79 ff.).

**A.d.** Mit Entscheid vom 18. Juni 2019 wies die Kasse die Einsprache ab. Richtig sei, dass der Versicherte nicht in einer selbständigen Position sei. Dies sei im Einspracheentscheid aus dem Jahr 2014 vom RAV festgehalten worden, in dem gleichzeitig mitgeteilt worden sei, dass der Versicherte eine arbeitgeberähnliche Stellung inne habe und somit Einfluss auf die Geschehnisse der Arbeitgeberin nehmen könne. Da er sich redlich um andere Arbeit bemüht habe, sei seine Vermittlungsfähigkeit trotzdem gegeben gewesen. Der Versicherte habe aber bei seinen beiden letzten Rahmenfristen (ab 1. März 2016 und ab 1. Mai 2019) seine jeweilige Beitragszeit ausschliesslich aus dem Arbeitsverhältnis bei der B.\_\_\_\_ erbracht und dort jeweils Vollzeit gearbeitet. Er sei Mitglied des Verwaltungsrates und habe somit per se eine arbeitgeberähnliche Stellung inne, womit er gemäss Rechtsprechung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe. Diese Tatsache habe die Sachbearbeiterin der Kasse erst bei der Neuanmeldung im Mai 2019 entdeckt, bei welcher der Versicherte die Frage: "Sind Sie oder Ihr Ehegatte am Betrieb des letzten Arbeitgebers beteiligt oder gehören Sie einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium an" mit "Ja" beantwortet habe. Im Antrag, der am 1. März 2016 eingegangen sei, habe er diese Frage noch mit Nein beantwortet. Somit habe die zuständige Sachbearbeiterin erst am 3. Mai 2019 (Eingang des neuen Antrags) Kenntnis von der Tatsache der arbeitgeberähnlichen Stellung des Versicherten



erhalten. Die Rückforderung sei damit rechtzeitig, nämlich innerhalb eines Jahres ab Kenntnisnahme, ergangen (act. G5.1/37).

### **B.**

**B.a.** Gegen diesen Entscheid erhebt A.\_\_\_\_ am 19. August 2019 Beschwerde. Er beantragt, ihm sei ab dem 1. März 2016 Arbeitslosenentschädigung auszurichten und von der Rückforderung der Leistungen der Beschwerdegegnerin sei abzusehen. Eventualiter sei der Einspracheentscheid aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die Beschwerdegegnerin zurückzuleiten. Unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Im Einspracheentscheid sei nicht berücksichtigt worden, dass der Beschwerdeführer bei einer liechtensteinischen Gesellschaft angestellt gewesen sei und demnach nicht schweizerisches, sondern liechtensteinisches Gesellschaftsrecht zur Anwendung gelange. Die liechtensteinische Gewerbeordnung setze für Gesellschaften, welche eine gewerbliche Tätigkeit ausübten, einen Gewerbebeschein voraus. Die betreffende Gesellschaft müsse einen Antrag auf Erteilung der Gewerbebewilligung einreichen. Dem im Rahmen dieses Antrags namhaft gemachten, vom Amt für Volkswirtschaft genehmigten Geschäftsführer, der auch im Handelsregister einzutragen sei, obliege die volle Verantwortung hinsichtlich der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit. So liege auch die Personalpolitik in der Alleinverantwortung des Geschäftsführers. Die im Handelsregister eingetragenen Organe der Gesellschaft, namentlich die Verwaltungsräte, hätten nach Massgabe des liechtensteinischen Rechts im Zusammenhang mit der Ausübung des Gewerbes keinerlei Einflussmöglichkeiten. Würde der Geschäftsführer wegfallen, würde dies zur Einstellung des Betriebes führen, wenn kein gewerberechtigter Geschäftsführer mehr bestellt würde. Dies zeige, dass in Liechtenstein eben jegliche Entscheidungsbefugnis in gewerberechtiglichen Fragen einzig und allein beim genehmigten Geschäftsführer liege, nicht aber bei sonstigen Organen der Gesellschaft. Diese könnten und dürften auf gewerbliche Entscheidungen keinen Einfluss nehmen. Der Beschwerdeführer sei lediglich einfacher Verwaltungsrat, habe folglich keinen Einfluss auf die Personalentscheide seiner vormaligen Arbeitgeberin und damit auch keine arbeitgeberähnliche Stellung inne (act. G1).



**B.b.** Mit Beschwerdeantwort vom 23. September 2019 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Das Amt für Volkswirtschaft, Abteilung Recht, Vaduz, prüfe im Zusammenhang mit der Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht nie, ob eine Gewerbebewilligung vorliege oder nicht. Es stelle auf den Eintrag im Handelsregister ab. Gemäss dem Gerichtsentscheid des Staatsgerichtshofes des Fürstentums Liechtenstein vom 29. Oktober 2018 (STGH 2018/44) ergebe sich für ein im Handelsregister eingetragenes Verwaltungsratsmitglied einer AG, GmbH sowie einer Anstalt nach liechtensteinischem Recht die massgebliche Entscheidungsbefugnis direkt aus dem Gesetz. Somit sei die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers aufgrund seiner Eintragung als Mitglied des Verwaltungsrates der Anstalt zu bejahen. Eine Einzelfallprüfung sei nicht erforderlich, wenn sich die Einflussmöglichkeit, wie hier, bereits aus dem ausländischen Gesetz ergebe (act. G5).

**B.c.** Mit Replik vom 21. November 2019 bringt der Beschwerdeführer vor, das von der Beschwerdegegnerin zitierte liechtensteinische Urteil basiere auf denselben Rechtsfehlern wie der angefochtene Einspracheentscheid. Die schweizerischen Behörden hätten das ausländische Recht zu ermitteln und anzuwenden, um zu überprüfen, inwieweit nach ausländischem Recht eine arbeitgeberähnliche Stellung vorliege. Eine solche sei im Falle des Beschwerdeführers eben nicht gegeben, woran die Tatsache nichts ändere, dass das liechtensteinische Amt für Volkswirtschaft bislang in selber Weise falsch entschieden habe wie die Beschwerdegegnerin. Die Frage der rechtlichen Auswirkungen des Gewerbegesetzes in Liechtenstein auf die arbeitgeberähnliche Stellung sei weder von liechtensteinischen noch von schweizerischen Gerichten bisher näher hinterfragt worden, weshalb dies vorliegend zu machen sei. Der Beschwerdeführer habe keinerlei Möglichkeit gehabt, auf die gewerbliche Tätigkeit seiner vormaligen Arbeitgeberin Einfluss auszuüben und hätte demzufolge auch keine arbeitgeberähnliche Stellung gehabt. Den Statuten sei zu entnehmen, dass der Verwaltungsrat Entscheidungen im Rahmen einer Versammlung mit einfacher Mehrheit entscheide. Dies betreffe gesellschaftsrechtliche Belange, nicht gewerberechtliche. Deswegen habe im Zusammenhang mit der Ausübung des Gastgewerbes auch in keinem Zeitpunkt irgendeine Verwaltungsratssitzung stattgefunden, bei welcher über Belange der Personalpolitik entschieden worden wäre.



## St.Galler Gerichte

Dies wäre auch völlig untunlich, zumal der Verwaltungsrat diesfalls für jedwede geschäftspolitische Entscheidung einberufen werden müsste. Er beantrage, die Statuten der vormaligen Arbeitgeberin von Amtes wegen vom Handelsregister Liechtenstein im Rahmen der Entscheidung über die Beschwerde beizuziehen (act. G7).

**B.d.** Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Duplik (act. G8 f.).

## Erwägungen

### 1.

**1.1.** In der Beziehung zwischen der Schweiz und den anderen EFTA-Staaten, mithin auch im Verhältnis zum Fürstentum Liechtenstein, gelten auf Grund eines Verweises im EFTA-Übereinkommen (SR 632.31, Anhang K, Anlage 2 einschliesslich Aktualisierung der Sozialversicherungsregelungen per 1. Januar 2016) die gleichen Koordinierungsbestimmungen wie – gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA) – zwischen der Schweiz und den EU-Staaten. Somit wenden die EFTA-Staaten untereinander die Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.1, Grundverordnung [GVO]) und der dazugehörigen Durchführungsverordnung (SR 0.831.109.268.11, DVO) an (vgl. Kreisschreiben des Seco über die Auswirkungen der Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und 987/2009 auf die Arbeitslosenversicherung, KS ALE 883, Juli 2019, Rz. B7 ff.). Vorliegend hat der in der Schweiz wohnhafte Beschwerdeführer die Beitragszeiten für die geltend gemachte Arbeitslosenentschädigung mit einer im Fürstentum Liechtenstein ausgeübten Tätigkeit erworben. Da es jedoch zwischen dem FZA und dem EFTA-Übereinkommen an einer übergreifenden Koordinierung fehlt (vgl. KS ALE 883 Rz. A21a), kann sich der Beschwerdeführer, welcher italienischer Staatsangehöriger ist (vgl. act. G 5.1/128), bei dem in der Schweiz gestellten Antrag auf Arbeitslosenentschädigung weder auf das FZA noch auf das EFTA-Übereinkommen berufen, womit die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen der GVO und DVO nicht anwendbar sind.

**1.2.** Vielmehr ist beim vorliegenden Sachverhalt die Anwendung des Abkommens Schweiz – Liechtenstein über die Arbeitslosenversicherung (SR 0.837.951.4) zu prüfen. Gemäss Art. 7 dieses bilateralen Abkommens erhalten Grenzgänger/innen bei Vollarbeitslosigkeit Arbeitslosenentschädigung in dem Vertragsstaat, in dessen Gebiet ihr Wohnsitz liegt. Bei der Beurteilung, ob die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind,



werden die im anderen Vertragsstaat zurückgelegten Beschäftigungszeiten berücksichtigt, ungeachtet der Staatsangehörigkeit der Grenzgänger/innen (vgl. Art. 3 des Abkommens). Folglich sind die vom Beschwerdeführer in Liechtenstein zurückgelegten Beitragszeiten anzurechnen, als ob sie in der Schweiz erbracht worden wären (vgl. KS ALE 883 Rz B40). Auf Grund der im bilateralen Abkommen enthaltenen Regelung für Grenzgänger ist die Schweiz als Wohnsitzstaat für die Gewährung der Arbeitslosenentschädigung zuständig. Der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung bestimmt sich nach schweizerischem Recht, was auch von den Parteien nicht bestritten wird.

## 2.

**2.1.** 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.

**2.2.** Nach der Rechtsprechung ist der Ausschluss der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten Personen vom Entschädigungsanspruch absolut zu verstehen. Praxisgemäss ist diese der Vermeidung von Missbräuchen dienende Bestimmung analog auf arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten anzuwenden, die Arbeitslosenentschädigung beantragen. Das Missbrauchsrisiko ist dasselbe, ob es nun um Arbeitslosen-, Kurzarbeits- oder Insolvenzenschädigung geht. Daher rechtfertigt sich keine unterschiedliche Behandlung arbeitgeberähnlicher Personen in Bezug auf diese drei Leistungsarten (BGE 145 V 200 E. 4.1; 142 V 263 E. 4.1; 123 V 234 E. 7b/bb, je mit Hinweisen).

**2.3.** Die Frage, ob Arbeitnehmende einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, ist aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten. Keine Prüfung des Einzelfalls ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt. Dies gilt insbesondere für die Gesellschafter einer GmbH (Art. 804 ff. des Bundesgesetzes betreffend Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220]) sowie die (mitarbeitenden) Verwaltungsräte einer AG (vgl. Art 716 ff. OR; BGE 145 V 200 E. 4.2 mit Hinweisen).



**2.4.** Die Rechtsprechung des Bundesgerichts will nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 26. Oktober 2016, 8C\_529/2016, E. 5.2, und vom 21. März 2018, 8C\_102/2018, E. 6.2).

### 3.

**3.1.** Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer bei seiner vormaligen Arbeitgeberin eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte. Dabei ist zu klären, ob er einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehörte und in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen seiner früheren Arbeitgeberin nehmen konnte. Da es sich bei seiner vormaligen Arbeitgeberin um eine Anstalt nach liechtensteinischem Recht handelt, ist für die Beantwortung dieser Frage das liechtensteinische Gesellschaftsrecht heranzuziehen.

**3.2.** Der Beschwerdeführer war seit dem 12. Juli 2013 Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift bei seiner vormaligen Arbeitgeberin. Zum gleichen Zeitpunkt wurde auch der jetzige Geschäftsführer Mitglied des Verwaltungsrates und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift, während sämtliche früheren Mitglieder des Verwaltungsrates aus dem Handelsregister gelöscht wurden (act. G5.1/94).

**3.3.** Zwischen den Parteien unstrittig und gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts klar ist, dass ein (mitarbeitender) Verwaltungsrat einer schweizerischen AG eine arbeitgeberähnliche Stellung bei dieser innehat (siehe E. 2.3 vorstehend). Grund dafür ist, dass ein Verwaltungsrat einer schweizerischen AG von Gesetzes wegen Entscheidungskompetenzen in einem solchen Umfang hat, dass er auf die Geschicke des Unternehmens Einfluss nehmen kann. Namentlich kann der Verwaltungsrat in allen Angelegenheiten Beschluss fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugeteilt sind. Er führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat (Art. 716 OR). Er hat unter anderem folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben: die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen; die Festlegung der Organisation; die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist; die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen; die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen; die Erstellung des Geschäftsberichtes sowie die Vorbereitung der



Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse; die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung (Art. 716a OR). Der Verwaltungsrat vertritt die Gesellschaft nach aussen. Er kann die Vertretung anderen übertragen, wobei mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates zur Vertretung befugt sein muss (vgl. Art. 718 OR). Die zur Vertretung befugten Personen sind vom Verwaltungsrat zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (vgl. Art. 720 OR). Der Verwaltungsrat kann die von ihm bestellten Bevollmächtigten und Beauftragten jederzeit abberufen. Die von der Generalversammlung bestellten Bevollmächtigten und Beauftragten können vom Verwaltungsrat ebenfalls jederzeit in ihrer Funktion eingestellt werden, unter sofortiger Einberufung der Generalversammlung (vgl. Art. 726).

**3.4.** Ähnlich verhält es sich mit den Befugnissen des Verwaltungsrates einer liechtensteinischen Aktiengesellschaft, wie ein Blick in das liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR), LR-Nr. 216.0, zeigt. Die einschlägigen Bestimmungen finden sich unter Art. 344 ff. PGR. Der Verwaltungsrat ist insbesondere verpflichtet, die Geschäfte der Generalversammlung vorzubereiten und deren Beschlüsse auszuführen; die für einen geordneten Geschäftsbetrieb erforderlichen Reglemente aufzustellen und der Geschäftsführung die zu diesem Zwecke nötigen Weisungen zu erteilen; die mit der Geschäftsführung und Vertretung Betrauten mit Bezug auf ihre richtige, den Gesetzesvorschriften, Statuten und Reglementen entsprechende Durchführung zu überwachen und sich zu diesem Zwecke über den Geschäftsgang und die Geschäftsleitung regelmässig zu unterrichten. Er ist dafür verantwortlich, dass die Protokolle der Generalversammlung und der Verwaltung, sowie die notwendigen Geschäftsbücher regelrecht geführt und der Geschäftsbericht und der konsolidierte Geschäftsbericht nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften aufgestellt, geprüft und, soweit erforderlich, veröffentlicht wird (Art. 349 PGR).

**3.5.** Somit ist der Verwaltungsrat einer liechtensteinischen AG ebenso von Gesetzes wegen wie jener einer schweizerischen AG für die Verwaltung der AG zuständig und gesellschaftsintern der Geschäftsleitung übergeordnet, soweit sie diese nicht selbst ausübt. Ein Mitglied des Verwaltungsrates einer liechtensteinischen AG hat demzufolge ebenso eine arbeitgeberähnliche Stellung inne, wie jenes eines Verwaltungsrates einer schweizerischen AG, zumal auch dieses auf die Geschicke des Unternehmens massgeblich Einfluss nehmen kann.

## 4.

**4.1.** Die vormalige Arbeitgeberin des Beschwerdeführers ist eine Anstalt nach liechtensteinischem Recht (siehe Art. 534 ff. PGR). Oberstes Organ der Anstalt sind die



Inhaber der Gründerrechte, wobei die Statuten auch die Verwaltung mit den Befugnissen des obersten Organes betrauen können (Art. 543 Ziff. 1 PGR). Bei gründerrechtslosen Anstalten bildet die Verwaltung das oberste Organ (siehe "Merkblatt zur Neueintragung einer Anstalt (Art. 534 – 551 PGR)" des Amtes für Justiz des Fürstentums Liechtenstein, S. 2, abrufbar unter <https://www.llv.li/inhalt/12338/amtstellen/anstalt>, besucht am 13. August 2020). Der Verwaltung der Anstalt kommt also eine bedeutende Funktion zu.

**4.2.** Auf die Anstalten finden, soweit im Anstaltsrecht selbst keine zwingenden Vorschriften aufgestellt sind oder sonst keine oder keine hinreichende Regelung enthalten ist, ausser den allgemeinen Vorschriften über die Verbandspersonen die Vorschriften über Treuunternehmen mit Persönlichkeit ergänzend Anwendung (Art. 551 Ziff. 1 PGR). Die Vorschriften über die Verwaltung der Verbandspersonen finden sich in Art. 180 ff. PGR. Gemäss Art. 181 Ziff. 1 PGR steht die Geschäftsführung – soweit nichts anderes bestimmt oder durch Beschluss des zuständigen Organes angeordnet ist – allen Mitgliedern der Verwaltung zu. Die Verwaltung hat alle Befugnisse und Pflichten, die nicht einem anderen Organ übertragen oder vorbehalten sind, wie beispielsweise auch die Bestellung und den Widerruf der Prokura. Sie hat insbesondere auch für die Erhaltung des Grundkapitals sowie für die Sicherstellung und den Erfolg des Unternehmens im Rahmen ihrer gesetzlichen Pflichten und der dargebotenen Möglichkeiten besorgt zu sein. Sie hat das Unternehmen mit Sorgfalt zu leiten und zu fördern und haftet für die Beobachtung der Grundsätze einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung. Von den Gründern sind der Verwaltung alle auf die Errichtung der Verbandsperson bezüglichen Schriftstücke herauszugeben (vgl. Art. 182 PGR). Die Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane einer zur ordnungsmässigen Rechnungslegung verpflichteten Verbandsperson haben die kollektive Pflicht, sicherzustellen, dass die erforderlichen Rechnungslegungsunterlagen, namentlich die Jahresrechnung, die konsolidierte Jahresrechnung, der Jahresbericht und der konsolidierte Jahresbericht sowie, soweit er gesondert vorgelegt wird, der Corporate Governance Bericht, nach den Bestimmungen des 20. Titels über die Rechnungslegung erstellt und offen gelegt werden. Die Mitglieder der Verwaltung haben dafür Sorge zu tragen, dass die Geschäftsbücher oder Aufzeichnungen und Belege innert angemessener Frist am Sitz der Verbandsperson zur Verfügung stehen (Art. 182a PGR). Die Verwaltung von Verbandspersonen ist von Gesetzes wegen dafür besorgt, dass die Jahresrechnung und zutreffendenfalls der konsolidierte Geschäftsbericht, rechtzeitig zur Einsicht der Mitglieder gehalten wird (vgl. Art. 182d Ziff. 1 PGR). Die Verwaltung ist auch im Falle von Kapitalverlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit in der Pflicht und untersteht einem Konkurrenzverbot (vgl.



Art. 182e f. und 183 PGR). Im vorliegenden Zusammenhang bezeichnend ist sodann Art. 184 Ziff. 1 PGR, wonach die Verwaltung für die Vertretung von Verbandspersonen keiner besonderen Vollmacht bedarf. Zur Legitimation der Verwaltung gegenüber Behörden genügt namentlich, wenn eine Eintragung in das Handelsregister stattgefunden hat (Art. 189 Ziff. 1 PGR).

**4.3.** Aus den voranstehend beispielhaft aufgezählten Befugnissen und Pflichten der Verwaltung einer Verbandsperson bzw. einer Anstalt ergibt sich, dass ein Verwaltungsratsmitglied per Gesetz einem obersten Gremium angehört und ihm per Gesetz weitreichende Kompetenzen zukommen, sodass es die Entscheidungen der Anstalt beeinflussen kann.

**4.4.** Zum gleichen Ergebnis ist auch der Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein in seinem Urteil StGH 2018/44 vom 29. Oktober 2018 gelangt. Er hielt in diesem Zusammenhang fest, wesentlich sei nur, dass die versicherte Person eine Organstellung habe, welche ex lege entsprechende Einflussmöglichkeiten auf die juristische Person einräume. Die zwingenden gesetzlichen Organkompetenzen und die sich daraus ergebenden Einflussmöglichkeiten bestünden unabhängig vom Einzelfall, sodass sich in solchen Konstellationen eine Einzelfallprüfung erübrige. Die liechtensteinische Rechtslage für die Funktion des Verwaltungsrates einer liechtensteinischen Anstalt ermögliche eine analoge Einflussmöglichkeit wie bei einer schweizerischen AG oder GmbH, da sich eine massgebliche Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsrates aus dem Gesetz ergebe. Zwar seien die Rechte und Pflichten des Verwaltungsrates einer Anstalt im PGR nicht spezifisch geregelt. Es würde jedoch auf die allgemeinen Vorschriften der Verbandspersonen und die Vorschriften über Treuunternehmen mit Persönlichkeit verwiesen, aus denen sich diese ergeben würden. Es komme nicht auf die effektive Einflussnahme auf die Gesellschaft, sondern nur auf die Möglichkeit hierzu an (vgl. act. G5.1/133 ff.).

**4.5.** Für die Beurteilung, ob das Verwaltungsratsmitglied eine arbeitgeberähnliche Stellung innehat, ist irrelevant, ob es direkten Einfluss auf Einstellungen oder Entlassungen von Personal ausübt. Zentral ist, dass es der Geschäftsleitung im internen Verhältnis übergeordnet ist, zumal die Verwaltung auch bei der Anstalt eine Oberaufsicht ausübt, indem sie die Anstalt leitet und für eine sorgfältige Geschäftsführung verantwortlich ist (siehe E. 4.2 vorstehend). Die Argumentation des Beschwerdeführers, wonach nur der Geschäftsführer Entscheidungsbefugnisse in personellen Angelegenheiten habe, verfängt deshalb nicht. Der Geschäftsführer vertritt die Anstalt gegen aussen und führt das operative Geschäft. Im Innenverhältnis untersteht er jedoch der Verwaltung. Diese muss nicht jeden Entscheid – wie etwa die



Entlassung eines einzelnen Mitarbeiters – fällen. Sie gibt aber vor, wie sich das Unternehmen entwickeln soll, zumal sie für eine sorgfältige Geschäftsführung haftet, für die Erhaltung des Grundkapitals verantwortlich ist und im Falle einer schlechten Geschäftslage, mithin bei drohendem Kapitalverlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, aktiv werden muss. Der Beschwerdeführer hat denn auch selbst gegenüber dem RAV angegeben, er sei (nur) befugt, im Rahmen von Verwaltungsratssitzungen diverse Entscheidungen zu treffen (act. G5.1/80). Er konnte somit auf seine vormalige Arbeitgeberin Einfluss nehmen, ohne dass er eine Gewerbebewilligung benötigt hätte.

**4.6.** Der Beschwerdeführer beanstandet, eine gerichtliche Prüfung der rechtlichen Auswirkungen des liechtensteinischen Gewerbegesetzes sei bisher nicht erfolgt. Das liechtensteinische Gewerbegesetz (GewG), LR-Nr. 930.1, legt unter Beachtung der Handels- und Gewerbebefreiheit die Rahmenbedingungen für die Ausübung gewerbsmässiger Tätigkeit fest; bestimmt zum Schutz der Öffentlichkeit die Mindestanforderungen an die Ausübung gewerbsmässiger Tätigkeiten; gewährleistet, dass die Wettbewerbsfähigkeit des liechtensteinischen Gewerbes durch die Sicherstellung eines hohen Qualitätsstandards erhalten bleibt und gestärkt wird und dient zudem der Umsetzung einer Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft (Art. 1 GewG). Damit befasst es sich nicht mit den unternehmensinternen Strukturen, sondern mit der Aussentätigkeit der Gewerbetreibenden. Hinweise auf die Einflussmöglichkeiten einer Person auf die internen Unternehmensentscheidungen können sich daraus somit nicht ergeben. Folglich ist auch unter diesem Gesichtspunkt nicht von Belang, ob der Beschwerdeführer über eine Gewerbebewilligung gemäss GewG verfügt oder nicht.

**4.7.** Nach dem Gesagten hatte der Beschwerdeführer bei seiner vormaligen Arbeitgeberin eine arbeitgeberähnliche Stellung inne. Dabei ist nicht von Bedeutung, welchen Einfluss er tatsächlich auf diese ausgeübt hat. Denn bei einem Mitglied des Verwaltungsrates greift der persönliche Ausschlussgrund des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ohne Weiteres Platz und es bedarf keiner weiteren Abklärungen zu seinen konkreten Verantwortlichkeiten im Unternehmen und zu deren Organisationsstruktur (Urteil des Bundesgerichts vom 11. Dezember 2009, 8C\_851/2009 mit Hinweisen). So hat das Bundesgericht beispielsweise entschieden, es sei nicht von Bedeutung, dass eine versicherte Person die Verwaltungsratsmandate in einigen der eigenen Firmen bloss "treuhänderisch" ausüben wolle. Dies ändere nichts daran, dass er aufgrund der Stellung als Verwaltungsrat von Gesetzes wegen in der Lage wäre, auf die Geschäfte Einfluss zu nehmen (Urteil des Bundesgerichts vom 3. Mai 2006, C 306/05, E. 2.2). Ein Verwaltungsratsmitglied, das sich als "stilles Mitglied" betitelte, war ebenso wenig



anspruchsberechtigt wie ein Verwaltungsratsmitglied, das lediglich 2% der Aktien besass und über Kollektivunterschrift zu zweien verfügte (während der Verwaltungsratspräsident über 95% der Aktien verfügte und einzelunterschriftsberechtigt war; siehe Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, S. 265 f. und S. 269).

**4.8.** Der Beschwerdeführer besitzt als Verwaltungsrat zusätzliche Rechte, die einem Arbeitnehmer ohne Verwaltungsratserschaft nicht zustehen. Angesichts des Umfangs dieser sich direkt aus dem Gesetz ergebenden Rechte hat er eine arbeitgeberähnliche Stellung inne. Ein Beizug der Statuten wie vom Beschwerdeführer beantragt ist unter diesen Umständen nicht notwendig.

## 5.

**5.1.** Da der Beschwerdeführer bei seiner vormaligen Arbeitgeberin eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte, hat er keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG analog). Die Beschwerde ist demnach insofern abzuweisen, als der Beschwerdeführer die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung beantragt. Zu prüfen bleibt, ob die Rückforderung der Beschwerdegegnerin zu Recht erfolgt ist.

**5.2.** Nach Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Eine Leistung in der Sozialversicherung ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zurückzuerstatten, wenn in verfahrensrechtlicher Hinsicht entweder die für die (prozessuale) Revision oder die für die Wiedererwägung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG müssen formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war. Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger wiedererwägungsweise auf formell rechtskräftige Verfügungen zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist.

**5.3.** Den formell rechtskräftigen Verfügungen gleichgestellt sind auch die im formlosen Verfahren ergangenen Entscheide, soweit sie eine mit dem Ablauf der Beschwerdefrist bei formellen Verfügungen vergleichbare Rechtsbeständigkeit erreicht haben. Taggeldabrechnungen der Arbeitslosenversicherung, die nicht in die Form einer



formellen Verfügung gekleidet werden, weisen materiell Verfügungscharakter auf (Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juli 2003, C 7/02, E. 3.1; BGE 125 V 475 E. 1 mit Hinweis). Sind formell oder formlos zugesprochene Leistungen noch nicht rechtskräftig geworden, kann die Verwaltung innert der Rechtsmittelfrist (30 Tage) darauf zurückkommen, ohne dass – wie dies im Falle des Zurückkommens auf rechtskräftige Verfügungen der Fall ist – die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung oder Revision erfüllt sein müssen. Die Frist von 30 Tagen läuft ab Erlass der zu berichtigenden Verfügung oder ab Leistungsausrichtung (vgl. Kreisschreiben des Seco über Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso [AVIG-Praxis RVEI], Januar 2020, Rz A3). Zu einem späteren Zeitpunkt bedarf demnach das Zurückkommen auf eine faktische Verfügung, z.B. auf eine Taggeldabrechnung, eines Rückkommenstitels in Form einer Wiedererwägung oder einer prozessualen Revision (Urteil C 7/02 E. 3.1; BGE 129 V 110 E. 1.2.1).

**5.4.** Nachdem die Rückerstattung der für die Monate März 2016 bis Februar 2017 sowie November 2017 bis Februar 2018 ausgerichteten Tagelder am 7. Mai 2019 verfügt wurde (act. G5.1/87 ff.), ist die Beschwerdegegnerin offenkundig nicht innerhalb von 30 Tagen nach deren jeweiliger Auszahlung auf die Leistungsabrechnungen zurückgekommen. Demnach muss ein Rückkommenstitel gemäss Art. 53 ATSG gegeben sein. Mangels Vorliegens neuer Tatsachen oder Beweismittel kommt dafür einzig die Wiedererwägung in Frage.

**5.5.** Ob die Unrichtigkeit im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG zweifellos ist und zu einer Wiedererwägung rechtfertigt, beurteilt sich nicht nach der Grobheit des Fehlers. Massgebend muss vielmehr das Ausmass der Überzeugung sein, dass die bisherige Entscheidung unrichtig war. Es darf kein vernünftiger Zweifel daran möglich sein, dass eine Unrichtigkeit vorliegt (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Bern/St. Gallen/Zürich 2020, Art. 53 N 59). Eine Wiedererwägung kann des Weiteren nur dann vorgenommen werden, wenn die infrage stehende Korrektur erheblich ist. Eine erhebliche Bedeutung ist nach der Rechtsprechung dann anzunehmen, wenn ein Betrag von mehr als einigen Hundert Franken auf dem Spiel steht (Ueli Kieser, a.a.O., Art. 53 N 65 f.).

**5.6.** Die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung war zweifellos unrichtig, nachdem der Beschwerdeführer bei seiner vormaligen Arbeitgeberin eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte. Die infrage stehende Korrektur ist angesichts des Rückforderungsbetrags von Fr. 31'476.05 zudem erheblich. Damit sind die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung erfüllt. Zu prüfen bleibt, ob der Rückerstattungsanspruch vollständig oder teilweise verwirkt ist.



### 6.

**6.1.** Der Rückforderungsanspruch erlischt grundsätzlich mit Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat (relative Frist), spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung (absolute Frist; vgl. Art. 25 Abs. 2 erster Satz ATSG).

**6.2.** Mit der Verfügung vom 7. Mai 2019 wurde die absolute Frist von fünf Jahren seit Zusprache der einzelnen Leistungen (ab März 2016) ohne Weiteres eingehalten. Zwar hat sich der Versicherungsträger die Publizitätswirkung des Handelsregisters (Art. 933 Abs. 1 OR) entgegenhalten zu lassen, soweit für das Erkennen der Unrechtmässigkeit der Leistungsausrichtung ein Handelsregistereintrag massgebend ist (Ueli Kieser, a.a.O., Art. 25 N 87). Im vorliegenden Fall war die vormalige Arbeitgeberin indes nicht im schweizerischen, sondern im liechtensteinischen Handelsregister eingetragen. Dabei handelt es sich um das Register eines anderen Staates. Die Beschwerdegegnerin muss sich deshalb die Publizitätswirkung des liechtensteinischen Handelsregisters nicht entgegenhalten lassen. Sie hat erst Anfang Mai 2019 mit den vom Beschwerdeführer erhaltenen Angaben im Formular "Antrag auf Arbeitslosenentschädigung" sowie dem daraufhin angeforderten liechtensteinischen Handelsregisterauszug von der arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers Kenntnis erhalten (vgl. act. G5.1/94 f. und 96 ff.). Mit der Verfügung vom 7. Mai 2019 hat sie die Rückforderung somit auch innert der relativen Frist von einem Jahr ausgesprochen.

**6.3.** Nach dem Gesagten ist auch die verfügte Rückforderung der bereits erbrachten Leistungen rechtmässig.

### 7.

**7.1.** Die Beschwerde ist somit im Sinne der vorstehenden Erwägungen vollumfänglich abzuweisen.

**7.2.** Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG e contrario).

## Entscheid



im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.