



Fall-Nr.: AVI 2007/24
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 10.03.2020
Entscheiddatum: 12.10.2007

Entscheid Versicherungsgericht, 12.10.2007

Art. 8 ff. AVIG, Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Arbeitgeberähnliche Stellung, die den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliesst (Entscheid des Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen vom 12. Oktober 2007, AVI 2007/24).

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiber Adrian Schnetzler

Entscheid vom 12. Oktober 2007

In Sachen

Z.____,

Beschwerdeführer,

gegen

Amt für Arbeit, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegner,

betreffend

Arbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung)

hat das Versicherungsgericht in Erwägung gezogen:

I.



St.Galler Gerichte

A.- a) Z.____ war seit dem 1. April 2005 bei der A.____ AG als Verlagsleiter angestellt. Am 28. März 2006 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per 30. September 2006 (act. G 3.B12, G 3.B27, G 1.2.A1). Am 29. September 2006 meldete sich der Versicherte zur Arbeitsvermittlung. Er stellte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Oktober 2006 (act. G 3.B32, G 3.B33).

b) Am 14. November 2006 überwies die Arbeitslosenkasse Comedia aufgrund einer möglichen arbeitgeberähnlichen Stellung den Fall der kantonalen Amtsstelle zum Entscheid über die Anspruchsberechtigung (act. G 3.B48). Am 5. Dezember 2006 gewährte das Amt für Arbeit dem Versicherten vor Erlass einer Verfügung über die Anspruchsberechtigung das rechtliche Gehör (act. G 3.A7). Der Versicherte machte am 14. Dezember 2006 geltend, er habe sich unmittelbar nach Erhalt der Kündigung beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum St. Gallen (RAV) unter Vorlage des Arbeitsvertrags, der Kündigung und der Lohnabrechnung erkundigt, ob ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe, was ihm insbesondere im Hinblick auf die erforderliche Beitragszeit mündlich bestätigt worden sei. Bei der A.____ AG habe er nur beschränkte Entscheidbefugnisse und keinerlei Einsicht in die Geschäfts- und Bankunterlagen gehabt. Die Tätigkeit für die B.____ AG habe er bei Eintritt in die A.____ AG komplett aufgeben müssen und habe keinerlei Honorar erzielt (act. G 3.A9). Am 18. Dezember 2006 stellte das Amt für Arbeit mittels Verfügung fest, dass der Versicherte aufgrund seiner arbeitgeberähnlichen Stellung ab Antragstellung nicht anspruchsberechtigt sei. Er besitze auch nach seinem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis 40 % der Namenaktien an der A.____ AG und sei weiterhin Mitglied des Verwaltungsrats der Gesellschaft, weshalb er eine arbeitgeberähnliche Stellung innehabe. Darüber hinaus habe der Versicherte auch bei der B.____ AG eine arbeitgeberähnliche Position inne. Inwiefern daneben eine arbeitgeberähnliche Stellung in weiteren Gesellschaften bestehe, könne offen bleiben. Es sei eine erstmalige Kontaktnahme im RAV St. Gallen im September 2006 vermerkt. Es ergebe sich nicht aus den Akten, dass ihm die Anspruchsberechtigung zugesichert worden sei (act. G 3.A18).

B.- Am 26. Januar 2007 erhob der Versicherte Einsprache gegen die Verfügung vom 18. Dezember 2006 und machte im Wesentlichen geltend, er sei jederzeit bereit, aus dem Verwaltungsrat der A.____ AG auszutreten und seinen Anteil an der Gesellschaft zu



verkaufen. Er habe diese Schritte schon frühzeitig einzuleiten versucht, was jedoch an unerfüllbaren Forderungen der anderen Aktionäre gescheitert sei. Es sei ihm sodann mit rechtlichen Schritten gedroht worden für den Fall, dass er die A.____ AG in irgendwelcher Art vertrete, womit ihm die Zeichnungsberechtigung seit Austritt aus der Gesellschaft faktisch entzogen worden sei. Die B.____ AG habe sodann keine Geschäftsräume mehr und erziele nur noch einen "passiven Umsatz" aus dem Verkauf eines extern eingelagerten Buchbestandes. Er sei bei der A.____ AG nur Arbeitnehmer gewesen und habe von der B.____ AG keinerlei Vergütung erzielt (act. G 3.A26, A28, A35, A38, A41, A42). Mit Entscheid vom 1. Februar 2007 wies das Amt für Arbeit die Einsprache ab. Zur Begründung führte es aus, aufgrund der Tatsache, dass der Versicherte einen Anteil von 40 % an der A.____ AG halte und im Handelsregister weiterhin als Verwaltungsrat eingetragen sei, bestehe eine arbeitgeberähnliche Stellung (act. G 3.A59).

C.- Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die Beschwerde vom 28. Februar 2007, worin der Beschwerdeführer die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides und die Feststellung der Anspruchsberechtigung ab dem 1. Oktober 2006 beantragt. Er hält daran fest, dass ihm Anfang April 2006 nach Vorlage des Arbeitsvertrags, des Kündigungsschreibens und der Lohnabrechnung vom März 2006 vom RAV beschieden worden sei, dass er die Anspruchsvoraussetzungen erfülle. Da kein Hinweis über mögliche Probleme oder weiteren Abklärungsbedarf vorgelegen habe, sei er nach Treu und Glauben davon ausgegangen, dass er die Anspruchsvoraussetzungen erfülle. Er habe sodann bereits gegenüber der Arbeitslosenkasse seine Bereitschaft erklärt, sofort aus dem Verwaltungsrat der A.____ AG auszutreten. Er habe keine massgebliche Entscheidungsbefugnis gehabt. Zu berücksichtigen sei, dass ihm die Zeichnungsberechtigung entzogen worden und er von den wöchentlichen Verlagssitzungen und den monatlichen Verwaltungsratssitzungen ausgeschlossen worden sei, womit er keine Möglichkeit zur Mitbestimmung gehabt habe. Auch seine Minderheitsbeteiligung habe ihm keinen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit ermöglicht. Es sei ihm zudem nicht möglich gewesen, seinen Gesellschaftsanteil zu veräussern, da er die Aktien aufgrund vertraglicher Bestimmungen nur an den Mehrheitsaktionär veräussern dürfe. Dieser bestreite aber seinen rechtmässigen Aktienbesitz und weigere sich, ein Aktienzertifikat auszustellen. Auch werde ihm das Einsichtsrecht gemäss Art. 715a OR als



Verwaltungsrat verweigert, womit jegliche Informationen über eine Aktienbewertung fehlten und ein Verkauf der Aktien nicht möglich sei (act. G 1). Der Beschwerdegegner beantragt unter Verweis auf den Einspracheentscheid die Abweisung der Beschwerde (act. G 3). Nach Einsicht in die vom Beschwerdegegner eingereichten Akten ergänzt der Beschwerdeführer am 19. und 25. April 2007 seine Beschwerdebegründung (act. G 6, act. G 7).

II.

1.- Im Beschwerdeverfahren kann grundsätzlich nur der bis zum Zeitpunkt des Erlasses des Einspracheentscheids eingetretene Sachverhalt beurteilt werden (BGE 121 V 366 E. 1b, BGE 121 V 366 E. 1b, 129 V 4 E. 1.2, 129 V 169 E. 1, 129 V 356 E. 1, je mit Hinweis). Die von den Parteien nachträglich eingereichten Akten sind daher für das vorliegende Verfahren nicht beachtlich, soweit sie Änderungen des Sachverhalts nach Erlass des Einspracheentscheides vom 1. Februar 2007 betreffen.

2.- a) Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (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 (EVG; seit 1. Januar 2007: Bundesgericht) 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 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 EVG 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).

b) Nach der zitierten Rechtsprechung ist der Ausschluss der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten Personen absolut zu verstehen. Amtet eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer als Mitglied des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft, so ist eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinn der betreffenden Regelung ex lege gegeben (BGE 123 V 237 E. 7a, 122 V 273 E. 3), und zwar selbst dann, wenn die Kapitalbeteiligung klein ist und das Mitglied nur über die kollektive Zeichnungsberechtigung verfügt (ARV 1996/1997 Nr. 10 S. 52 Erw. 3a und b sowie Bundesgerichtsentscheid C 219/03 vom 2. Juni 2004, Erw. 2.4). Im Anwendungsbereich von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ist also nicht mehr individuell zu prüfen, ob tatsächlich ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen besteht, sondern möglichen Missbräuchen soll von vornherein ein Riegel geschoben werden. Diese Präventivmassnahme rechtfertigt sich dadurch, dass sich die Aufdeckung eines konkreten Missbrauchs in diesen Fällen eher schwierig gestalten würde (SZS 2004 S. 4 und S. 7 f., vgl. auch ARV 2003 S. 240).



c) Der Beschwerdeführer war im massgeblichen Zeitraum bis zum Erlass des Einspracheentscheides als Verwaltungsrat der A.____ AG im Handelsregister des Kantons Thurgau eingetragen. Damit verfügte er weiterhin über eine arbeitgeberähnliche Stellung, da es nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 716-716b OR) begriffsnotwendigerweise zum Wesen eines Verwaltungsrats gehört, dass er auf die Entscheidungsfindung wesentlichen Einfluss hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 278/05 vom 13. September 2005, E. 2.3). In seinem Schreiben vom 30. September 2007 verweist der Beschwerdeführer auf seinen gemäss Handelsregisterauszug am 17. September 2007 erfolgten Austritt aus dem Verwaltungsrat der A.____ AG (act. G 16 und G 16.3). Diese nach dem Einspracheentscheid vom 1. Februar 2007 eingetretene Sachverhaltsänderung bildet nicht mehr Beurteilungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens (vgl. E. 1). Der Beschwerdegegner hat dieser neuen Tatsache mit Verfügung vom 9. Oktober 2007 Rechnung getragen und entschieden, dass ab 17. September 2007 der Beschwerdeführer keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr habe (act. G 18.1). Für die Zeit ab Antragstellung (1. Oktober 2006), welche hier zur Diskussion steht, muss aufgrund der Verwaltungsratsmitgliedschaft von einer arbeitgeberähnlichen Position des Beschwerdeführers ausgegangen werden, weshalb dieser im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen ist.

3.- Der Beschwerdeführer macht sodann eine Verletzung der Aufklärungspflicht der Verwaltung geltend, indem ihm im April 2006 vom RAV die Auskunft erteilt worden sei, er habe Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Der Beschwerdegegner verneint eine entsprechende Auskunftserteilung. Auch aus den Akten geht eine solche nicht hervor. Es kann jedoch offen bleiben, ob dem Beschwerdeführer im April 2006 überhaupt eine Auskunft erteilt wurde, da ohnehin keine Verletzung der Auskunftspflicht der Verwaltung gegeben wäre. Nach Darstellung des Beschwerdeführers hat sich dieser nämlich beim RAV St. Gallen über seine Anspruchsberechtigung erkundigt und dabei den Arbeitsvertrag, das Kündigungsschreiben und die Lohnabrechnung vom März 2006 vorgelegt. Damit bestand für das RAV St. Gallen kein Hinweis auf eine möglicherweise bestehende arbeitgeberähnliche Stellung. Ohne Hinweis gab es aber auch keinen Anlass, auf den möglichen Anspruchsverlust durch eine arbeitgeberähnliche Stellung aufmerksam zu machen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer seine



arbeitgeberähnliche Stellung bis zum hier relevanten Zeitpunkt des Einspracheentscheides auch nicht beendet hat, obwohl der Beschwerdegegner ihn im Verwaltungsverfahren explizit darauf hinwies, womit auch nicht davon auszugehen ist, dass eine Aufklärung im April 2006 die Anspruchsberechtigung begünstigt hätte.

4.- Im Sinne dieser Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.