



**Fall-Nr.:** AVI 2010/25  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 06.09.2019  
**Entscheiddatum:** 12.11.2010

### **Entscheid Versicherungsgericht, 12.11.2010**

**Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Arbeitgeberähnliche Stellung einer Mehrheitsgesellschafterin, deren Ehegatte den übrigen Stammanteil besitzt, bejaht trotz Auflösungsbeschlusses, da Missbrauchsgefahr nicht auszuschliessen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. November 2010, AVI 2010/25).**

Abteilungspräsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und

Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Philipp Geertsen

#### **Entscheid vom 12. November 2010**

in Sachen

**K.**\_\_\_,

**Beschwerdeführerin,**

gegen

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

**Beschwerdegegnerin,**

betreffend

**Arbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung)**



### Sachverhalt:

A.

A.a K.\_\_\_\_ war seit 19. Dezember 2007 als Mehrheitsgesellschafterin (Stammanteil von Fr. 14'000.--, gesamtes Stammkapital Fr. 20'000.--) mit Einzelunterschrift teilzeitlich als Küchen- und Officehilfsmitarbeiterin für den Gastronomiebetrieb A.\_\_\_\_ tätig. Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 4. September 2009 wurde die Gesellschaft aufgelöst. Die Versicherte hatte in der Folge keine Zeichnungsberechtigung mehr inne. Im Antrag vom 25. September 2009 ersuchte sie um Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab 9. September 2009 (act. G 5.1 f.).

A.b Die UNIA Arbeitslosenkasse lehnte einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in der Verfügung vom 27. November 2009 mit der Begründung ab, die Versicherte habe eine arbeitgeberähnliche Stellung inne (act. G 5.4).

B.

B.a Dagegen erhob die Versicherte am 10. Dezember 2009 Einsprache. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass die A.\_\_\_\_ mit Gesellschafterbeschluss vom 4. September 2009 aufgelöst worden sei und sie daher keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr inne habe (act. G 5.5).

B.b Um den Lohnfluss überprüfen zu können, forderte die UNIA Arbeitslosenkasse die Versicherte am 28. Dezember 2009 auf, Bankauszüge einzureichen (act. G 5.6).

B.c In der Stellungnahme vom 4. Januar 2010 führte die Versicherte aus, dass ihr Ehemann bereits am 19. Dezember 2009 der UNIA Arbeitslosenkasse Auszüge des gemeinsamen Bankkontos gesandt habe. Auf ihr privates Sparkonto habe sie unregelmässig verschiedene Beträge einbezahlt, die von ihrem Lohn übrig geblieben seien (act. G 5.7).

B.d Mit Entscheid vom 5. Februar 2010 wies die UNIA Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Die Versicherte sei auch nach dem Auflösungsbeschluss als Gesellschafterin ohne Zeichnungsberechtigung im Handelsregister eingetragen. Ferner



## St.Galler Gerichte

würden die angeblich einbezahlten Monatslöhne nicht mit den deklarierten Lohnabrechnungen übereinstimmen. Der monatliche Lohnfluss sei daher nicht nachgewiesen (act. G 5.8).

C.

C.a Gegen den Einspracheentscheid vom 5. Februar 2010 richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 27. Februar 2010. Die Beschwerdeführerin beantragt darin dessen Aufhebung sowie die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung. Sie bestreitet, eine arbeitgeberähnliche Stellung inne zu haben. Mit Blick auf den Nachweis des Lohnflusses bringt sie vor, dass auf den bar ausbezahlten Lohnbezügen die Sozialabgaben und Einkommenssteuern korrekt abgerechnet worden seien (act. G 1).

C.b Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Beschwerdeantwort vom 26. April 2010 die Beschwerdeabweisung. Sie führt aus, dass die Beschwerdeführerin mit der Löschung aus dem Handelsregister die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung habe nachweisen können. Allerdings habe sie den Lohnfluss nicht belegen können, weshalb ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen sei (act. G 5).

C.c In der Replik vom 10. Mai 2010 hält die Beschwerdeführerin unverändert an ihren Anträgen fest (act. G 7).

C.d Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Duplik (act. G 9).

### **Erwägungen:**

1.

Auch wenn von der Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren nicht mehr bestritten, ist entsprechend dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen die Frage zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin eine arbeitgeberähnliche Stellung inne hat, die einem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung entgegensteht.

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 In BGE 123 V 234 ff. hat das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts) 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 weiter bestehe, die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliere, derentwegen sie oder er bei Kurzarbeit auf Grund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine grundsätzlich andere Situation liege jedoch dann vor, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer nach der Entlassung die arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb



beibehalte und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen könne (ARV 2002 Nr. 28 S. 184 f. E. 2/3a; BGE 123 V 238 f. mit Hinweisen). Werde die unternehmerische Dispositionsfreiheit, das Unternehmen jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer oder als Arbeitnehmerin einzustellen, erhalten, laufe dies auf die rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, welche Regelung ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung diene und dabei insbesondere dem Umstand Rechnung tragen wolle, dass der Arbeitsausfall arbeitgeberähnlicher Personen praktisch nicht kontrollierbar sei, da sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen könnten (BGE 123 V 238 E. 7b/bb).

2.3 Die A.\_\_\_\_ löste auf den 31. Mai 2009 das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin auf (act. G 5.2). Mit Auflösungsbeschluss der Gesellschafterversammlung vom 4. September 2009 verlor die Beschwerdeführerin ihre bisherige Einzelzeichnungsberechtigung. Mit der Liquidation der Gesellschaft wurde ein externer Liquidator beauftragt (vgl. Handelsregisterauszug vom 14. September 2009, act. G 5.2). Damit verlor die Beschwerdeführerin ihre Stellung als Arbeitnehmerin bei ihrer ehemaligen Arbeitgeberin, blieb aber weiterhin Mehrheitsgesellschafterin. Aufgrund des Besitzes eines Stammanteils von Fr. 14'000.-- bei einem Stammkapital von Fr. 20'000.-- (die restliche Stammeinlage war und ist im Besitz ihres Ehegatten) kann sie auch nach dem Auflösungsbeschluss die Geschicke der Gesellschafterversammlung und der Gesellschaft massgeblich beeinflussen (vgl. Art. 804, 808 und 808b des Obligationenrechts [OR; SR 220]). Da die Gesellschafterversammlung während der Liquidation ihre gesetzlichen und statutarischen Befugnisse beibehält, besitzt die Beschwerdeführerin weiterhin die Dispositionsfreiheit, ihre Zeichnungsberechtigung wiederherzustellen (Art. 804 Abs. 3 OR), den Liquidator abzurufen (Art. 826 Abs. 2 i.V.m. Art. 741 Abs. 1 OR), den Betrieb - allenfalls in neuer Lokalität - jederzeit fortzuführen (vgl. zur Fortführung des Betriebs unter der Verantwortung der Liquidatoren M. Küng, Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006, S. 360, N 4) und sich oder ihren Ehegatten bei Bedarf erneut als Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer einzustellen. Des Weiteren kann sie den Auflösungsbeschluss unter Umständen sogar widerrufen (zu den entsprechenden - vorliegend wohl erfüllbaren - Voraussetzungen vgl. M. Küng, Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006, S. 362, N 18).



## St.Galler Gerichte

In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass bislang die im Rahmen der Liquidation zwingend vorgesehene dreimalige Publikation des Schuldenrufs im Schweizerischen Handelsamtsblatt (BGE 115 II 272 ff.) gemäss Art. 826 Abs. 2 i.V.m. Art. 742 OR und Art. 745 Abs. 2 OR bzw. Art. 83 i.V.m. Art. 65 HRegV soweit ersichtlich nicht erfolgt ist, weshalb gewisse Zweifel am Liquidationswillen bestehen und die Liquidationstätigkeit daher nach wie vor nicht weit fortgeschritten scheint. Ob die Beschwerdeführerin tatsächlich eine Wiederaufnahme/Fortführung der Geschäftstätigkeit beabsichtigt, spielt insofern keine Rolle, als die Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234 nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen will, sondern bereits dem Risiko eines solchen, das der Auszahlung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (vgl. etwa Urteil des EVG vom 16. Juni 2004, C 210/03, E. 2 mit Hinweis). Im Sinn der - zuweilen als hart und nicht versichertenfreundlich erscheinenden - höchstrichterlichen Rechtsprechung ist demzufolge von einer auch nach dem Auflösungsbeschluss vom 4. September 2009 bis zur Löschung der Gesellschaft im Handelsregister fortdauernden arbeitgeberähnlichen Stellung auszugehen. Vor diesem Hintergrund hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, weshalb die von der Beschwerdegegnerin aufgeworfene und von ihr verneinte Frage, ob die Beschwerdeführerin einen Lohnfluss habe nachweisen können, offen gelassen werden kann.

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

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

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