



**Fall-Nr.:** AVI 2012/14  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 15.11.2012  
**Entscheiddatum:** 15.11.2012

### **Entscheid Versicherungsgericht, 15.11.2012**

**Art. 31. Abs. 3 lit. c AVIG. Arbeitgeberähnliche Stellung. Tankstellenshop. Missbrauchsgefahr aufgrund Auflösung der Gesellschaft, Verlust Zeichnungsberechtigung, Kündigung der für eine Weiterführung erforderlichen Geschäftsverträge durch den Tankstellenshop-Verpächter, Stimm minderheit in der Gesellschafterversammlung und konsequenter Fortführung der Liquidation durch eine Drittperson verneint (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. November 2012, AVI 2012/14). Versicherungsrichterin Marie Löhner (Vorsitz), a.o. Versicherungsrichterin Gertrud Condamin-Voney, Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei, Gerichtsschreiber Philipp Geertsen**  
**Entscheid vom 15. November 2012 in Sachen A. \_\_\_, Beschwerdeführer, gegen UNIA Arbeitslosenkasse, Auerstrasse 25, 9435 Heerbrugg, Beschwerdegegnerin, betreffend Arbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung) Sachverhalt:**

A.

A.a A. \_\_\_ war seit 1. Juni 2007 als Mehrheitsgesellschafter (Stammanteil von Fr. 45'000.--, gesamtes Stammkapital Fr. 50'000.--; Auszug des Handelsregisters, act. G 3.3) und Geschäftsführer bzw. Vorsitzender der Geschäftsführung mit Kollektivunterschrift zu zweien für die B. \_\_\_ GmbH (nachfolgend: Gesellschaft) als "Filialleiter - Geschäftsführer" (act. G 3.2) eines C. \_\_\_-Shops tätig. Mit Gesellschafterbeschluss vom Z. \_\_\_. Mai 2011 wurde die Gesellschaft aufgelöst. Der Versicherte wurde als Vorsitzender der Geschäftsführung abberufen und besass in der Folge keine Zeichnungsberechtigung mehr (act. G 8.2). Per Y. \_\_\_. Mai 2011 wurde seine Anstellung bei der Gesellschaft aufgelöst. Im Antrag vom 8. Juni 2011 ersuchte der Versicherte mit Wirkung ab 6. Juni 2011 um Arbeitslosenentschädigung (act. G 3.1).



## St.Galler Gerichte

A.b Die UNIA Arbeitslosenkasse lehnte einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in der Verfügung vom 21. November 2011 mit der Begründung ab, der Versicherte habe eine arbeitgeberähnliche Stellung inne (act. G 3.3). Dagegen erhob der Versicherte am 22. Dezember 2011 Einsprache (act. G 3.4), welche die UNIA mit Einspracheentscheid vom 27. Januar 2012 abwies (act. G 3.5).

B.

B.a Gegen den Einspracheentscheid vom 27. Januar 2012 richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 15. Februar 2012. Der Beschwerdeführer beantragt darin dessen Aufhebung und die Zusprache der gesetzlichen Leistungen. Er bringt vor, keine Entscheidungsmacht und keine arbeitgeberähnliche Stellung bei der ehemaligen Arbeitgeberin mehr zu haben. So habe er sämtliche Funktionen im Zusammenhang mit der Gesellschaft ab Mai 2011 niedergelegt. Er besitze auch keine Zeichnungsberechtigung mehr. Eine Rechtsauskunft beim Amt für Arbeit habe ergeben, dass für die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung nicht die definitive Löschung, sondern die Absicht zur Löschung aus dem Handelsregister massgeblich sei. Diese Absicht sei bereits vor Mai 2011 vorhanden gewesen und bestehe immer noch (act. G 1).

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Beschwerdeantwort vom 28. Februar 2012 die Abweisung der Beschwerde. Sie vertritt die Auffassung, dass für den Wegfall der arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers der Zeitpunkt der Löschung der Gesellschaft massgebend sei (act. G 3).

B.c Der Beschwerdeführer hält in der Replik vom 15. März 2012 unverändert an der Beschwerde

fest (act. G 5).

B.d Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Duplik (vgl. act. G 7).

B.e Mit Schreiben vom 25. Oktober 2012 gibt das Gericht der Beschwerdegegnerin Gelegenheit, zu den eingeholten Geschäftsunterlagen (Statuten der Gesellschaft sowie



Pachtvertrag zwischen der Gesellschaft und der D.\_\_\_\_ AG) Stellung zu nehmen (act. G 11).

Erwägungen:

1. Strittig und zu prüfen ist vorliegend die Frage, ob der Beschwerdeführer bei der ehemaligen Arbeitgeberin 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 arbeitnehmenden Personen mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Leitungsfunktion des Betriebs). Behält eine arbeitnehmende Person nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann sie dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, verfügt sie nach wie vor über die unternehmerische Möglichkeit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als arbeitnehmende Person einzustellen. Ein solches Vorgehen läuft auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus,



die ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient und in diesem Rahmen insbesondere dem Umstand Rechnung tragen will, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Nach der Rechtsprechung sind arbeitnehmende Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung, denen gekündigt worden ist, vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. So kann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden der betreffenden arbeitnehmenden Person mithin definitiv ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiter besteht, die arbeitnehmende Person aber mit der Kündigung endgültig auch die arbeitgeberähnliche Stellung verliert (BGE 123 V 234 E. 7b/bb; für eine Kritik an dieser Rechtsprechung vgl. Franz Schlauri, Unentgeltliche Ausschlüsse von der Arbeitslosenentschädigung, in: Ueli Kieser/Miriam Lendfers [Hrsg.], JaSo 2012, S. 203 ff.).

2.3 Diese Rechtsprechung will dabei nicht bloss dem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern bereits dem Risiko eines solchen begegnen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen anhaftet (Urteil des EVG vom 25. Januar 2006, C 255/05, E. 2.2). In einer Reihe von Entscheidungen liess die Rechtsprechung den Liquidationsbeschluss bzw. die Herbeiführung des Konkurses in Kombination mit weiteren Umständen wie der Kündigung des Geschäftslokals und der Arbeitsverträge als Beleg für den Willen, den Betrieb nicht mehr weiterführen zu wollen, genügen (Urteile des EVG vom 6. Juni 2002, C 264/01, E. 2d, und vom 19. Februar 2003, C 248/02, E. 2.5).

2.4 Das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer wurde per Y.\_\_\_\_. Mai 2011 aufgelöst (act. G 3.1). Mit Auflösungsbeschluss der Gesellschafterversammlung vom Z.\_\_\_\_. Mai 2011 wurde zuvor die bisherige Kollektivzeichnungsberechtigung des Beschwerdeführers zu zweien gelöscht. Indessen blieb er weiterhin Gesellschafter. Mit der Liquidation wurde eine nicht an der Gesellschaft beteiligte Person beauftragt (vgl. Internet-Auszug des Handelsregisters, eingesehen am 6. September 2012). Zwar verfügt der Beschwerdeführer nach wie vor über einen Stammanteil von Fr. 45'000.-- bei einem Stammkapital von Fr. 50'000.--. Trotzdem ist er aber nur finanziell Mehrheitsgesellschafter. Mit Blick auf das Stimmrecht ist er jedoch



Minderheitsgesellschafter, da sich gemäss Statuten das Stimmrecht der Gesellschafter nach Köpfen bemisst, nebst dem Beschwerdeführer lediglich noch die D.\_\_\_\_ AG Gesellschafterin ist und diese über das Recht des Stichentscheids verfügt (Art. 10 der Statuten, act. G 8). Da die Gesellschafterversammlung während der Liquidation ihre gesetzlichen und statutarischen Befugnisse beibehält, besitzt der Beschwerdeführer aufgrund der fehlenden Stimmmehrheit somit keine Möglichkeit, eigenmächtig bzw. ohne die Zustimmung der D.\_\_\_\_ AG seine Zeichnungsberechtigung wiederherzustellen, den Liquidator abzurufen, den Betrieb - allenfalls in neuer Lokalität - jederzeit fortzuführen (Art. 9 der Statuten, act. G 8; 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 bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Des Weiteren kann er aus eigener Kraft auch nicht den Auflösungsbeschluss widerrufen.

2.5 Nach dem Gesagten verlor der Beschwerdeführer nach dem Auflösungsbeschluss vom Z.\_\_\_\_. Mai 2011 und der Kündigung per Y.\_\_\_\_. Mai 2011 sämtliche Dispositionsfreiheiten, um sich bei der Gesellschaft wieder selbst anzustellen. Damit fehlte es spätestens ab Y.\_\_\_\_. Mai 2011 an der Gefahr einer Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Betrieb der Gesellschaft nur für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt wurde. Vielmehr lassen die vorstehend genannten Umstände nur den Schluss zu, dass der Betrieb endgültig geschlossen wurde. Diese Sichtweise wird dadurch bekräftigt, als mit der - unbestritten gebliebenen - Auflösung der Vertragsverhältnisse mit der D.\_\_\_\_ AG im Mai 2011 (act. G 1) dem Beschwerdeführer keine betriebliche Grundlage für eine Wiederaufnahme der geschäftlichen Tätigkeit mehr zur Verfügung steht. Mit der Auflösung sämtlicher zwischen dem Beschwerdeführer und der D.\_\_\_\_ AG geschlossenen Geschäftsverträge fehlte es für die Weiterführung des Betriebs nicht nur an den notwendigen Räumlichkeiten, sondern auch an einer vertragsrechtlichen Grundlage. Damit geht einher, dass keine Hinweise darauf bestanden haben bzw. bestehen, nach dem Liquidationsbeschluss vom Z.\_\_\_\_. Mai 2011 sei die durch einen Dritten durchgeführte Auflösung der Gesellschaft nicht ernsthaft weitergeführt worden (die Schuldenrufe erfolgten gemäss Schweizerischem Handelsamtsblatt im Juli 2011; am 8. Juni 2012 wurde schliesslich die Durchführung der Liquidation dem Handelsregisteramt gemeldet). Tatsächlich wurde der C.\_\_\_\_-Shop ab diesem Zeitpunkt



## St.Galler Gerichte

an eine neue von der D.\_\_\_\_ AG gegründete Gesellschaft (E.\_\_\_\_ GmbH) verpachtet (vgl. Internet-Auszug des Handelsregisters, eingesehen am 31. Oktober 2012).

2.6 Die Beschwerdegegnerin hat somit den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung zu Unrecht unter Berufung auf dessen arbeitgeberähnliche Stellung abgewiesen (vgl. Entscheid des Versicherungsgerichts vom 27. Juni 2010, AVI 2010/1, worin ebenfalls die arbeitgeberähnliche Stellung in Zusammenhang mit einem C.\_\_\_\_-Shop zu beurteilen war). Die Sache ist an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG prüft und über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 6. Juni 2011 (Datum Anspruchserhebung, vgl. Antrag vom 8. Juni 2011, act. G 3.1) erneut befindet.

3.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist der Einspracheentscheid vom 27. Januar 2012 aufzuheben. Die Sache ist zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen des Beschwerdeführers ab dem 6. Juni 2011 und zu neuer Verfügung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. 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. 39 VRP

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 27. Januar 2012 aufgehoben. Die Sache wird zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen des Beschwerdeführers ab dem 6. Juni 2011 und zu neuer Verfügung im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.