



Fall-Nr.:	AVI 2012/4
Stelle:	Versicherungsgericht
Rubrik:	AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum:	15.10.2012
Entscheiddatum:	15.10.2012

Entscheid Versicherungsgericht, 15.10.2012

Arbeitgeberähnliche Stellung eines Mehrheitsgesellschafters trotz Auflösungsbeschlusses bejaht, da Missbrauchsgefahr nicht ausgeschlossen werden konnte (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. Oktober 2012, AVI 2012/4). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C_988/2012. Versicherungsrichterin Marie Löhner (Vorsitz), Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei, a.o. Versicherungsrichter Christian Zingg; Gerichtsschreiber Marc Giger

Entscheid vom 15. Oktober 2012 in Sachen A. ___, Beschwerdeführer, gegen Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, betreffend Arbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung) Sachverhalt:

A.

A.a A. ___ meldete sich am 17. Oktober 2011 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (in der Folge: RAV) St. Gallen zur Arbeitsvermittlung an und stellte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. November 2011 (act. G 3.1 / 8 und 10). Der Versicherte war seit dem 1. Januar 2009 für die B. ___ GmbH angestellt (Arbeitsvertrag vom 19. September 2008; act. G 3.1 / 12). Gleichzeitig war er Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift des Unternehmens (Handelsregisterauszug; act. G 3.1 / 4). Am 25. Juli 2011 sei das Arbeitsverhältnis auf den 31. Oktober 2011 gekündigt worden (Arbeitgeberbescheinigung; act. G 3.1 / 9).

A.b Am 16. November 2011 verfügte die Kantonale Arbeitslosenkasse, dass der Antrag des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. November 2011 abgelehnt werde. Als Begründung führte sie an, der Versicherte sei bis heute als Gesellschafter und Geschäftsführer der B. ___ GmbH im Handelsregister eingetragen.



Es müsse deshalb davon ausgegangen werden, dass es ihm weiterhin möglich sei, die Entscheidungen der Gesellschaft massgeblich zu beeinflussen, weshalb er gemäss Rechtsprechung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe (act. G 3.1 / 14).

A.c Der Versicherte erhob am 18. November 2011 Einsprache. Darin machte er geltend, er habe vom 6. August 2007 bis 31. Dezember 2010 im Rahmen eines Personalverleihs zu einem 100%-Pensum bei der C.____ gearbeitet. In dieser Eigenschaft sei er obligatorisch versichert gewesen. Die Arbeitnehmerbeiträge seien bezahlt worden. Die C.____ habe den Vertrag gekündigt. Er habe Anrecht auf Arbeitslosenentschädigung (act. G 3.1 / 16).

A.d Am 12. Dezember 2011 reichte der Versicherte eine öffentlich beglaubigte Anmeldung beim Handelsregister ein. Dieser ist zu entnehmen, dass die B.____ GmbH mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 12. Dezember 2011 aufgelöst wird und er neu als Liquidator mit Einzelunterschrift fungiert (act. G 3.1 / 18). In einem ergänzenden Schreiben vom 19. Dezember 2011 teilte der Versicherte der Arbeitslosenkasse mit, die B.____ GmbH existiere nicht mehr aktiv. Die Bewilligung für den Mitarbeiterverleih sei aufgelöst worden. Damit habe die Firma nicht mehr die Möglichkeit, ihre grundlegende Tätigkeit auszuführen, für welche sie ursprünglich gegründet worden sei. Der Entscheid über die definitive Schliessung der B.____ GmbH sei bereits unwiderruflich gefällt und beim Handelsregisteramt gemeldet worden (act. G 3.1 / 19).

A.e Mit Entscheid vom 20. Dezember 2011 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Sie führte aus, es sei unstrittig, dass der Versicherte im Zeitpunkt der Antragstellung eine arbeitgeberähnliche Stellung innegehabt habe. Damit eine arbeitgeberähnliche Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe, müsse ihr Ausscheiden aus der Firma endgültig sein. Es dürften keine Zweifel am definitiven Austritt bestehen. Gemäss der Rechtsprechung werde diesbezüglich darauf abgestellt, ob der Eintrag der betreffenden Person im Handelsregister gelöscht worden sei. Auch arbeitgeberähnliche Personen, die als Liquidatoren eingesetzt würden, hätten während der Liquidation in der Regel keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Vorliegend sei die B.____ GmbH zwar in Liquidation gegangen. Der Versicherte habe



St.Galler Gerichte

jedoch seine Stellung als Gesellschafter und Geschäftsführer beibehalten. Ein Ausscheiden aus der Unternehmung habe somit nicht stattgefunden. Aufgrund der statutarischen Befugnisse sei es dem Versicherten nach wie vor möglich, Entscheidungen für die B.____ GmbH zu treffen und über eine allfällige Weiterführung des Unternehmens zu bestimmen (act. G 3.1 / 20).

A.f Mit Schreiben vom 21. Dezember 2011 informierte die Arbeitslosenkasse den Versicherten, sein Schreiben vom 19. Dezember 2011 und der Einspracheentscheid hätten sich "gekreuzt", weshalb in diesem nicht auf die neuen Vorbringen eingegangen worden sei. Das Schreiben vom 19. Dezember 2011 hätte jedoch keine massgebliche Änderung der rechtlichen Beurteilung bewirkt, weshalb auf eine Wiedererwägung verzichtet werde (act. G 3.1 / 21).

B.

B.a Gegen den Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2011 richtet sich die vorliegende Beschwerde des Versicherten vom 16. Januar 2012 mit dem Antrag, der Entscheid sei aufzuheben. Der Beschwerdeführer führt aus, die B.____ GmbH habe seit ihrer Gründung nur ihn als Angestellten gehabt. Die einzige Aktivität, die die Firma innegehabt habe, sei gewesen, den einzigen Angestellten in einer anderen Firma zu platzieren. Die B.____ GmbH sei eine inaktive Firma. Seit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses habe die B.____ GmbH den Status als Arbeitgeberin verloren, da es keine Angestellten mehr gebe. Die Behauptung der Beschwerdegegnerin, ihm komme eine vergleichbare Position wie die eines Arbeitgebers zu, sei unbegründet. Die Beschwerdegegnerin berufe sich auf Entscheide, welche vor der Revision des GmbH-Rechts erlassen worden seien. Sie stelle sich indirekt dagegen, dass eine Einzelperson eine GmbH benützen dürfe, was dem neuen GmbH-Recht widerspreche. Die B.____ GmbH sei an sich eine gesunde Firma. Sie werde jedoch von der Arbeitslosenversicherung in die Liquidation gedrängt. Die Kasse gehe sogar soweit, zuerst die Streichung im Handelsregister zu fordern, wohlwissend, dass das Verfahren der Liquidation mindestens ein Jahr in Anspruch nehme (act. G 1).

B.b In ihrer Beschwerdeantwort vom 8. Februar 2012 beantragt die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde sei abzuweisen. Zur Begründung verweist sie auf ihren Einspracheentscheid (act. G 3).



B.c Der Beschwerdeführer verzichtete auf eine weitere Stellungnahme (vgl. act. G 5).

Erwägungen:

1.

Vorliegend streitig und zu prüfen ist die Frage der Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. November 2011.

2.

2.1 Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG 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 damalige Eidgenössische Versicherungsgericht entschieden, dass Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, obwohl dem Wortlaut nach nur auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten, unter bestimmten Voraussetzungen auch im Bereich der Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8ff. 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 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. 383f., 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. 8ff. 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 238f. mit Hinweisen).

2.2 Das geforderte Ausscheiden aus dem Betrieb muss anhand eindeutiger Kriterien gemessen werden können (ARV 2003 S. 242 E. 4; ARV 2007 Nr. 6 S. 118 E. 4.2). Die Rechtsprechung hat einerseits wiederholt darauf abgestellt, ob der Eintrag der betreffenden Person im Handelsregister gelöscht worden ist (ARV 2002 Nr. 28 S. 185 E. 3c mit Hinweisen; ARV 2007 Nr. 6 S. 118 E. 4.2). Als weiteres Kriterium für den Austritt aus der Firma wird der Konkurs genannt. Indessen sei zu beachten, dass Gesellschaftsorgane während der Liquidation ihre gesetzlichen und statutarischen Befugnisse beibehielten, soweit sie zur Durchführung der Liquidation erforderlich seien und dem Liquidationszweck nicht entgegenstünden. Dazu könne auch die Weiterführung des Geschäfts bis zu dessen Verkauf oder Auflösung gehören (AHI 1994 S. 37 E. 6c mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre). Danach haben arbeitgeberähnliche Personen, die als Liquidatoren eingesetzt werden, in der Regel während der Liquidation keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (ARV 2002 Nr. 28 S. 183 ff.; ARV 2007 Nr. 6 S. 118 E. 4.2).

2.3 Vorliegend ist der Beschwerdeführer als Geschäftsführer der B.____ GmbH arbeitslosenrechtlich als Arbeitnehmer zu betrachten. Sodann steht fest, dass der Versicherte seit 30. August 2007 als Gesellschafter und Geschäftsführer bzw. seit 12. Dezember 2011 als Liquidator der B.____ GmbH im Handelsregister eingetragen ist. Hätte die Gesellschaft in dieser Zeit ein Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung eingereicht, so wäre dieses auf Grund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG abgelehnt worden. Vorliegend geht es jedoch um ein Gesuch um Arbeitslosenentschädigung. Die oben



dargelegte Rechtsprechung bejaht eine analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, falls eine Umgehung dieser Norm vorliegt. Die arbeitgeberähnliche Stellung von Arbeitnehmern schliesst mithin nicht stets und schlechthin den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung aus. Die Grenzziehung stellt insbesondere darauf ab, ob ein "Betrieb geschlossen" wird (Anspruch gegeben) oder aber nur "für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt" wird (Anspruch nicht gegeben).

2.4 Aus den Akten ergeht, dass die C.____ AG als Einsatzbetrieb den Einsatzvertrag mit der B.____ GmbH bereits per 31. Dezember 2010 gekündigt hat (act. G 3.1 / 15). Das Arbeitsverhältnis zwischen der B.____ GmbH und dem Versicherten wurde hingegen erst per 31. Oktober 2011 aufgelöst (act. G 3.1 / 13). Wie sich aus den Ausführungen des Beschwerdeführers in seiner Eingabe vom 19. Dezember 2011 an die Beschwerdegegnerin ergibt, erfolgte die Kündigung, weil sich in Aussicht gestellte Aufträge wegen der Rezession verzögerten bzw. ausblieben (vgl. act. G 3.1 / 19). Am 12. Dezember 2011 wurde neu die Liquidation der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen, wobei der Versicherte als Liquidator amtete (act. G 3.1 / 18). Angesichts der tatsächlichen Verhältnisse muss festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses immer noch massgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen des Unternehmens hatte. Er behielt die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Letzteres gilt gerade mit Blick auf die spezifische Tätigkeit, welche der Beschwerdeführer für die B.____ GmbH ausübte: Als Analytiker-Programmierer war bzw. ist er bei seiner Arbeit nicht auf eine aufwendige Infrastruktur angewiesen. Die Aufgabe der Geschäftstätigkeit dürfte für die Firma demzufolge kaum mit umfangreichen Liquidationshandlungen verbunden gewesen sein. Dies bedeutet auch, dass der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Mehrheitsgesellschafter die Liquidation rückgängig machen und seine Tätigkeit als Arbeitnehmer wiederaufnehmen könnte (vgl. Manfred Küng / Raphael Camp; Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006, Art. 826 N 16 ff.). Es rechtfertigt sich daher vorliegend kein Abweichen von der grundsätzlichen Regel, dass arbeitgeberähnliche Personen, die als Liquidatoren eingesetzt werden, während der Liquidation keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben. Bezüglich der Auffassung des Beschwerdeführers, der sinngemäss rügt, sein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung würde mit Blick auf die Liquidationsdauer von mindestens



einem Jahr übermässig erschwert, ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass bei einfacheren Verhältnissen die Löschung im Handelsregister bereits drei Monate nach der Vermögensverteilung erfolgen kann (Art. 826 Abs. 2 i.V.m. Art. 745 Abs. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches; Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220; zur Möglichkeit der Zwischenpublikation der Beendigung der Liquidation vor Zustimmung der Steuerbehörden vgl. PVG 2002 Nr. 12).

2.5 Gesamthaft ist eine Missbrauchsgefahr aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung des Beschwerdeführers bei der B.____ GmbH somit zu bejahen. Entsprechend hat die Beschwerdegegnerin die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung zu Recht verneint.

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. 39 VRP

entschieden:

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