



Fall-Nr.: AVI 2007/123
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 05.03.2020
Entscheiddatum: 16.05.2008

Entscheid Versicherungsgericht, 16.05.2008

Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Ob eine Person als Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums mit massgeblichem Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen gilt, bedarf bei einem Geschäftsführer der einzelfallweisen Abklärung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. Mai 2008, AVI 2007/123).

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichter Martin Rutishauser; a.o. Gerichtsschreiber Mathias Schneider

Entscheid vom 16. Mai 2008

in Sachen

B.R.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Claudia Oesch, Poststrasse 23, 9001 St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Arbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung)

Sachverhalt:

A.

B.R.____ war bis zum 30. September 2007 Arbeitnehmerin der A.____. Weil die Herausgabe der Immobilienzeitschrift "A.____" eingestellt wurde, kündigte ihr die A.____ am 12. Juni 2007. Die Kündigung unterschrieben die beiden im Handelsregister des Kantons Appenzell Ausserrhoden verzeichneten Mitglieder der Geschäftsleitung S.____ und H.R.____, der Ehemann von B.R.____ (act. G 3.1, G 3.10). Am 1. Oktober 2007 stellte B.R.____ Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab sofort (act. G 3.2). Mit Schreiben vom 11. Oktober 2007 informierte die Kantonale Arbeitslosenkasse die Versicherte, sie sei nicht anspruchsberechtigt, da ihr Ehemann als Geschäftsführer der A.____ tätig sei und in seiner Stellung die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen könne (act. G 3.12). In ihrer Stellungnahme vom 26. Oktober 2007 schrieb die Versicherte, die Kündigung und die Auflösung ihrer Arbeitsstelle seien nicht im Einflussbereich ihres Ehegatten gelegen, weshalb ihr Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung bestehe (act. G 3.18). Die Kantonale Arbeitslosenkasse bestätigte in der am 12. November 2007 erlassenen Verfügung ihre Auffassung, der Ehemann der Versicherten habe in der A.____ weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung inne und der Antrag auf Arbeitslosenentschädigung müsse demnach abgelehnt werden (act. G 3.19).

B.

Im Namen der Versicherten erhob Rechtsanwalt Philipp Geertsen am 6. Dezember 2007 Einsprache gegen die Verfügung vom 12. November 2007 mit den Anträgen, die Verfügung sei aufzuheben und der Versicherten seien die Leistungen der Arbeitslosenversicherung zu erbringen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Ob dem Ehegatten eine arbeitgeberähnliche Stellung zukomme, sei aufgrund einer konkreten Prüfung des Einzelfalles zu entscheiden. Es sei jeweils aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu prüfen, welche Entscheidungsbefugnisse der fraglichen Person zukämen. Eine tatsächliche Einflussnahme müsse nachgewiesen werden. Diese



Prüfung des Einzelfalles habe die Einsprachegegnerin unterlassen, obwohl für das Vorliegen der arbeitgeberähnlichen Stellung die Einsprachegegnerin beweispflichtig sei. Die Einsprachegegnerin verletze insofern den Untersuchungsgrundsatz. Im Übrigen könne nicht von einer Umgehungsgefahr ausgegangen werden. Die gesetzliche Regelung wolle eine Umgehung dergestalt verhindern, dass der Ehegatte einer arbeitslosen Person bei besserem Geschäftsgang eine Wiedereinstellung veranlassen könnte. Keine Gesetzesumgehung sei es gemäss Rechtsprechung, wenn das Ausscheiden der betreffenden Arbeitnehmerin definitiv sei. Da der Zeitungsbetrieb definitiv geschlossen worden sei, fehle es an einer Gesetzesumgehungsgefahr. Die Unmöglichkeit der Wiedereinstellung sei dadurch garantiert. Eine Wiedereinstellung sei auch deshalb nicht möglich, da die A.____ ansonsten in völlig von der Zeitschriftentätigkeit unterschiedlichen Bereichen tätig sei. Die Versicherte verfüge aber nicht über die erforderlichen Mindestqualifikationen für eine Tätigkeit in den Geschäftsfeldern Bauträgersgesellschaft und Immobilieninvestition (act. G 3.22). Mit Einspracheentscheid vom 10. Dezember 2007 bestätigte die Kantonale Arbeitslosenkasse ihre Verfügung vom 12. November 2007. H.R.____, der Ehemann der Versicherten, gehöre als Mitglied der Geschäftsleitung dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium der A.____ an, weshalb er eine arbeitgeberähnliche Stellung innehave. Da die Versicherte ihre Beitragszeiten in der A.____ zurückgelegt habe, sei sie als mitarbeitende Ehefrau vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgenommen. Dass die Versicherte nicht die nötigen Qualifikationen für eine Weiterbeschäftigung in dieser Firma mit sich bringe, spiele keine Rolle, denn allein schon die Gefahr eines Missbrauchs an sich reiche aus (act. G 3.23).

C.

C.a Am 21. Dezember erhob der Rechtsvertreter der Versicherten Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 10. Dezember 2007. Rechtsbegehren und Begründung entsprechen denjenigen aus der Einsprache vom 6. Dezember 2007. Zudem verletze die Beschwerdegegnerin den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin schwer, da die von der Beschwerdeführerin angebotenen Beweise und Zeugen nicht angehört worden seien (act. G 1).



St.Galler Gerichte

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 15. Januar 2008 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Es sei nicht nötig, weitere Zeugen oder Beweisanträge anzuhören, da H.R. ___ als Mitglied der Geschäftsleitung eine arbeitgeberähnliche Stellung habe, welche die Gefahr eines Missbrauches hervorrufe (act. G 3).

D.

Mit Replik vom 7. Februar 2008 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest (act. G6). Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Duplik (act. G 8).

Erwägungen:

1.

1.1 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 Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG; seit 1. Januar 2007 sozialversicherungsrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts) entschieden, dass Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, obwohl diese Bestimmung ihrem Wortlaut nach nur auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten ist, auch im Bereich der Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8 ff. AVIG anwendbar sei (vgl. SZS 2004 S. 7). 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). 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, Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, S. 383 f. Vorbemerkungen zu Art. 31-41 AVIG,



N 21). In einem solchen Fall sei eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung nicht anspruchsberechtigt. Anders verhalte es sich, wenn der Betrieb geschlossen werde, das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers 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).

1.2 Nach der Rechtsprechung ist der Ausschluss der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten Personen vom Entschädigungsanspruch absolut zu verstehen, d.h. es muss kein Rechtsmissbrauch beim Leistungsbezug nachgewiesen werden. Der Ausschluss hat bereits dann zu erfolgen, wenn auf Grund der arbeitgeberähnlichen Stellung lediglich das Risiko eines Missbrauchs besteht (KS-ALE, Rn B18). Bei Arbeitnehmern, bei denen sich aufgrund ihrer Mitwirkung im Betrieb die Frage stellt, ob sie einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, muss jeweils geprüft werden, welche Entscheidungsbefugnisse ihnen aufgrund der internen betrieblichen Struktur zukommen. Es ist nicht zulässig, Angestellte in leitenden Funktionen allein deswegen generell vom Anspruch auszuschliessen, weil sie für einen Betrieb zeichnungsrechtlich und im Handelsregister eingetragen sind (BGE 122 V 272 E. 3). Mit Ausnahme von Verwaltungsräten/innen einer AG und Geschäftsführer/innen einer GmbH, bei denen sich die Einflussnahme von Gesetzes wegen ergibt, ist deshalb jeweils im Einzelfall zu prüfen, welche Entscheidungsbefugnisse den Personen aufgrund der internen betrieblichen Struktur tatsächlich zukommen. Die Grenze zwischen dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium und den unteren Führungsebenen lässt sich nicht allein anhand formaler Kriterien beurteilen (KS-ALE, Rn B18).

2.



Die Einwendung der Beschwerdeführerin, es liege hier ohnehin keine Missbrauchsgefahr vor, weil der Zeitungsbetrieb der A.____ endgültig geschlossen und das definitive Ausscheiden der Beschwerdeführerin damit garantiert sei (act. G 1), ist nicht stichhaltig. Ein definitives Ausscheiden der Arbeitnehmerin ist erst dann erreicht, wenn keine Wiedereinstellung mehr im Betrieb möglich ist. Vorliegend handelt es sich aber bloss um eine Teilschliessung, das Unternehmen besteht weiterhin. Dass die Beschwerdeführerin für die Anforderungen in den anderen Geschäftssegmenten der A.____ nicht genügend qualifiziert sei, weshalb eine Wiedereinstellung zum Vorneherein nicht in Frage komme, wird von der Beschwerdeführerin nicht glaubhaft dargelegt, insbesondere da Sekretariats- oder sonstige Hilfsdienste gewöhnlich für jeden Betrieb unverzichtbar sind. Im Übrigen sucht die Beschwerdeführerin, welche eine Berufslehre als Schuhverkäuferin absolviert hat, eine Tätigkeit als Verkaufsberaterin oder als Immobilienmaklerin (vgl. AVAM-Anmeldebestätigung vom 4. Oktober 2007, act. G 3.6). Im Immobilienmarkt ist die A.____ jedoch auch nach der Einstellung der A.____-Zeitung tätig. Von einer unmöglich gewordenen Rückkehr der Beschwerdeführerin bzw. deren definitivem Ausscheiden aus dem Betrieb im Sinne der Rechtsprechung kann deshalb nicht die Rede sein.

3.

Im vorliegenden Fall ist der Ehemann der Beschwerdeführerin auch nach deren Austritt aus der A.____ als Mitglied der Geschäftsleitung tätig geblieben. Es stellt sich daher die Frage, ob dem Ehemann weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung zukommt. Die Beschwerdegegnerin hat es, wie die Beschwerdeführerin zutreffend in ihrer Beschwerde festhielt, unterlassen, eine Einzelfallprüfung vorzunehmen. Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, der Verwaltungsrat der A.____ habe die Entlassungen der Mitarbeiter beschlossen. Auf diese Entscheidung hätten die Mitglieder der Geschäftsleitung keinen Einfluss gehabt. Sie seien vom Verwaltungsrat lediglich beauftragt worden, die Entlassungen gemäss Beschluss des Verwaltungsrates zu vollziehen (act. G 1). Mit diesen Aussagen unterstreicht die Beschwerdeführerin den nicht genügend bestimmten oder massgeblichen Einfluss der Geschäftsleitung auf die Entscheidungen des Arbeitgebers. Anstatt sich generell darauf zu berufen, der Geschäftsführer habe eine arbeitgeberähnliche Stellung, hätte die Beschwerdegegnerin in dieser Situation die Prüfung der Entscheidungsbefugnisse vornehmen müssen. Von



Bedeutung ist vorliegend die Möglichkeit, aus dieser Position mit massgeblichem Einfluss auf die Entscheidungen des Arbeitgebers einzuwirken. Für die Abklärung dieser Frage kann die Verwaltung verschiedene Angaben und Beweismittel heranziehen (z.B. Sitzungsprotokolle der Geschäftsleitung, Befragung der Arbeitgeberin über effektive Aufgaben, Kompetenz- und Entscheidungsbefugnisse der Mitglieder der Geschäftsleitung (vgl. KS-ALE, Rn B19).

4.

4.1 Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde unter Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides vom 10. Dezember 2007 teilweise gutzuheissen. Die Angelegenheit ist zur ergänzenden Abklärung im Sinn der Erwägungen und zur anschliessenden neuen Verfügung über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

4.2 Praxisgemäss ist eine Rückweisung zur weiteren Abklärung einem Obsiegen der beschwerdeführenden Partei gleichzusetzen (BGE 132 V 215). Die beschwerdeführende Partei hat deshalb gemäss Art. 61 lit. g ATSG Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Bedeutung der Streitsache und dem Aufwand angemessen erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 10. Dezember 2007 aufgehoben und die Sache zur weiteren Abklärung im Sinn der Erwägungen und zur neuen Verfügung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.