



**Fall-Nr.:** AVI 2007/44  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 10.03.2020  
**Entscheiddatum:** 02.10.2007

### **Entscheid Versicherungsgericht, 02.10.2007**

**Art. 8 AVIG, Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Arbeitgeberähnliche Stellung. Ist der Ehegatte einer versicherten Person Geschäftsführer und Gesellschafter mit hälftigem Anteil am Gesellschaftskapital einer GmbH, so liegt eine arbeitgeberähnliche Stellung vor, womit die versicherte Person keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Daran ändert sich nichts, wenn die Liquidation der Gesellschaft beschlossen wird und der Ehegatte in der Folge als Liquidator amtiert (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 2. Oktober 2007, AVI 2007/44).**

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichter Joachim Huber,  
Versicherungsrichterin Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Adrian  
Schnetzler

Entscheid vom 2. Oktober 2007

In Sachen

S.\_\_\_\_,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Duri Poltera, Hadwigstrasse 6a, 9000 St. Gallen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,



betreffend

Arbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung)

hat das Versicherungsgericht in Erwägung gezogen:

I.

A.- a) S. \_\_\_ war bis Ende November 2005 bei der A. \_\_\_ GmbH angestellt. In der Folge war sie aufgrund eines Unfalls vollständig arbeitsunfähig. Die Krankentaggeldversicherung richtete ihr bis zum 28. Juli 2006 Taggelderleistungen für eine volle Arbeitsunfähigkeit aus. Anschliessend wurden Leistungen für eine hälftige Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet. Vom 1. bis 31. August 2006 arbeitete die Versicherte zu 50 % als Hilfsarbeiterin bei der B. \_\_\_ GmbH. Am 15. September 2006 meldete sie sich zur Arbeitsvermittlung und stellte in der Folge Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab diesem Datum. Sie gab an, eine Vollzeitstelle zu suchen, jedoch weiterhin zu 50 % arbeitsunfähig zu sein (act. G 3.3-6, act. G 3.8, act. G 3.18, act. G 3.19).

b) Am 4. Dezember 2006 teilte die Arbeitslosenkasse des Kantons St. Gallen der Versicherten mit, dass ihre Anspruchsberechtigung fraglich sei, da ihr Ehegatte als Gesellschafter und Geschäftsführer der B. \_\_\_ GmbH im Handelsregister eingetragen sei, und gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme (act. G 3.28). Am 10. Januar 2007 führte die Versicherte aus, sie sei zusammen mit ihrem Ehemann Inhaberin der A. \_\_\_ GmbH gewesen, bei der sie als Köchin gearbeitet habe. Diese Gesellschaft sei Ende 2005 in Konkurs gefallen und im August 2006 im Handelsregister gelöscht worden. Am 17. November 2005 habe sie einen Unfall erlitten, der zur vollständigen Arbeitsunfähigkeit geführt habe. Nachdem sie ab August 2006 wieder zu 50 % in einer leichten Tätigkeit arbeitsfähig gewesen sei, habe sie bei der B. \_\_\_ GmbH, die ihrem Ehemann und ihrem Sohn gehöre, einen Arbeitsversuch als Köchin unternommen, der jedoch gescheitert sei, weshalb sie die B. \_\_\_ GmbH definitiv verlassen und sich bei der Arbeitslosenversicherung angemeldet habe. Der Betrieb der B. \_\_\_ GmbH sei eingestellt worden und die Löschung der Gesellschaft stehe kurz bevor (act. G 3.37). Mit Verfügung vom 30. Januar 2007 lehnte die Arbeitslosenkasse einen Anspruch auf



Arbeitslosenentschädigung der Versicherten ab dem 16. September 2006 ab. Zur Begründung führte sie aus, es müsse aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von einer arbeitgeberähnlichen Stellung ausgegangen werden, zumal die B.\_\_\_\_ GmbH weiterhin im Handelsregister eingetragen sei (act. G 3.41.1).

B.- Gegen diese Verfügung erhob die Versicherte am 1. März 2007 Einsprache und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Ausrichtung von Arbeitslosentaggeldern. Zur Begründung führte sie aus, es treffe nicht zu, dass sie die Entscheidungen der B.\_\_\_\_ GmbH massgeblich beeinflussen könne. Die Gesellschaft werde von ihrem Ehemann und ihrem Sohn geführt. Sie habe nur einen Arbeitsversuch unternommen. Es liege kein Umgehungs- oder Missbrauchstatbestand vor. Ein solcher sei in der angefochtenen Verfügung auch gar nicht dargelegt worden. Die Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung habe keinen Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Situation der B.\_\_\_\_ GmbH, sondern gründe darauf, dass sie wegen der gesundheitlichen Einschränkung nicht mehr bei der B.\_\_\_\_ GmbH tätig sein könne und eine leichte Tätigkeit zu 50% suche (act. G 3.41). Mit Entscheid vom 5. März 2007 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Sie führte aus, mitarbeitende Ehegatten seien von der Anspruchsberechtigung von vorneherein ausgeschlossen, weil die Gefahr des Missbrauchs bestehe. Es spiele keine Rolle, aus welchem Grund die Versicherte die Arbeit bei der B.\_\_\_\_ GmbH aufgegeben habe. Aus dem Handelsregister sei zudem nicht ersichtlich, dass sich die B.\_\_\_\_ GmbH in Liquidation befinde (act. G 3.43).

C.- Gegen diesen Entscheid richtet sich die Beschwerde vom 16. April 2007, worin die Beschwerdeführerin unter Kosten- und Entschädigungsfolge die Aufhebung des Einspracheentscheides und die Ausrichtung von Arbeitslosentaggeldern ab dem 15. September 2006 beantragt. Zur Begründung führt sie aus, es müsse ein rechtserheblicher Zusammenhang zwischen dem Grund für die Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung und der gesellschaftlichen Verbundenheit mit einer Firma bestehen, wie das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen in einem früheren Entscheid festgehalten habe. Ein solcher rechtsgenügender Zusammenhang zwischen ihrer Arbeitslosigkeit und der Stellung ihres Ehemannes in der B.\_\_\_\_ GmbH bestehe vorliegend nicht. Ihr Arbeitsversuch in dieser Firma sei arbeitslosenversicherungsrechtlich irrelevant. Der Einsatz sei mit einem Zwischenverdienst vergleichbar. Da sie als Köchin in der B.\_\_\_\_ GmbH gearbeitet habe,



hätte sie die Stelle aus gesundheitlichen Gründen ohnehin wieder aufgeben müssen, da sie nur noch leichtere Tätigkeiten ausüben könne. Es bestehe kein entscheidender Zusammenhang zwischen ihrem Arbeitsende und der wirtschaftlichen Lage der B.\_\_\_\_ GmbH. Ihr Verhalten könne nicht als missbräuchlich angesehen werden (act. G 1). Mit Beschwerdeantwort vom 25. April 2007 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin habe sich aufgrund der Aufgabe des Arbeitsverhältnisses bei der B.\_\_\_\_ GmbH bei der Arbeitslosenversicherung angemeldet. Es spiele keine Rolle, aus welchem Grund sie dort nicht mehr habe weiterarbeiten können. Zu berücksichtigen sei zudem, dass die Beschwerdeführerin den Hauptteil ihrer Beitragszeit aus einem Arbeitsverhältnis bei der A.\_\_\_\_ GmbH bringe. Diese Gesellschaft sei liquidiert und stattdessen die B.\_\_\_\_ GmbH gegründet worden. Daraus gehe hervor, dass die gleichen Tätigkeiten in der Gastronomie einfach mit einer neuen Firma weitergeführt worden seien. Somit läge ohnehin eine Missbrauchsgefahr vor, auch wenn das Arbeitsverhältnis bei der B.\_\_\_\_ GmbH als unbedeutender Arbeitsversuch betrachtet würde (act. G 3). Die Beschwerdeführerin verzichtet auf eine Replik (vgl. act. G 5).

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). Im vorliegenden Fall ist der Einspracheentscheid am 5. März 2007 ergangen. Zu beurteilen ist damit der Sachverhalt bis zu diesem Zeitpunkt.

2.- a) 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. 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, 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, E. 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) Das geforderte Ausscheiden aus dem Betrieb für die Verneinung einer arbeitgeberähnlichen Stellung 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).

3.- a) Der Ehemann der Beschwerdeführerin war im hier zu beurteilenden Zeitraum und darüber hinaus bis am 17. April 2007 als Gesellschafter und Geschäftsführer der B.\_\_\_\_ GmbH im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen. Als alleiniger Geschäftsführer und mit einem hälftigen Anteil am Stammkapital hatte er ohne Zweifel eine arbeitgeberähnliche Stellung inne. Diese arbeitgeberähnliche Stellung wirkt sich auf die Beschwerdeführerin aus, indem diese im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG und der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Nach der bundesgerichtliche Rechtsprechung reicht bereits das Risiko eines Missbrauchs für die Bejahung einer arbeitgeberähnlichen Stellung aus, ohne dass ein tatsächlich missbräuchliches Verhalten ersichtlich sein muss (vgl. oben II 2.b). Damit ist eine arbeitgeberähnliche Stellung selbst dann zu



bejahen, wenn die Darstellung der Beschwerdeführerin zutrifft, dass es sich beim Arbeitsverhältnis mit der B.\_\_\_\_ GmbH um einen Arbeitsversuch gehandelt hat, da ein Missbrauchsrisiko in der vorliegenden Konstellation klarerweise besteht, indem beispielsweise ein langfristiger Arbeitsversuch geplant gewesen wäre, der sodann aus wirtschaftlichen Gründen zulasten der Arbeitslosenversicherung beendet wurde. Aus dem Protokoll der Winterthur Versicherung zur Besprechung vom 31. Mai 2006 ergibt sich zudem, dass eine längerfristige Tätigkeit bei der B.\_\_\_\_ GmbH beabsichtigt gewesen ist (vgl. act. G 3.37.2 S. 3). Aus dem Gesprächsprotokoll ergibt sich auch, dass es sich bei der Tätigkeit der B.\_\_\_\_ GmbH wirtschaftlich betrachtet um eine Fortführung der Erwerbstätigkeit des Ehepaars S.\_\_\_\_ im Gastronomiebereich nach dem Konkurs der A.\_\_\_\_ GmbH handelt, wie dies die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort darlegt. Im Übrigen wurden sowohl im Antragsformular als auch in der Arbeitgeberbescheinigung wirtschaftliche Gründe für die arbeitgeberseitige Kündigung angeführt (act. G 3.3 und 4). Vor diesem Hintergrund erscheint nicht überwiegend wahrscheinlich, dass die Aufgabe der Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin rein krankheitsbedingt erfolgte, zumal dies mit der Aufgabe der Geschäftstätigkeit der B.\_\_\_\_ GmbH zusammenfiel (vgl. Protokoll der Winterthur zur Besprechung vom 2. Oktober 2006, act. G 3.37.5 S. 2 sowie Bericht von Dr. med. C.\_\_\_\_ vom 30. September 2006, act. G 3.37.4). Somit ist die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung des Ehemanns der Beschwerdeführerin zu verneinen.

b) Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf den notwendigen Zusammenhang zwischen der Erwerbstätigkeit, bei der der Arbeitsausfall angefallen ist, und der arbeitgeberähnlichen Stellung führt im vorliegenden Fall zu keinem anderen Ergebnis. Einerseits ist darauf hinzuweisen, dass der von der Beschwerdeführerin zitierte Entscheid noch nicht letztinstanzlich beurteilt wurde. Andererseits ist im vorliegenden Fall keine längere Erwerbstätigkeit in einem Betrieb, wo die versicherte Person oder deren Ehegatte keine arbeitgeberähnliche Stellung hatte, gegeben. Die Tätigkeit bei der B.\_\_\_\_ GmbH ist im Gegenteil mit einer arbeitgeberähnlichen Stellung verbunden, wie bereits aufgezeigt wurde. Damit lässt sich aus dem zitierten Entscheid nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten.



c) An diesem Ergebnis ändert auch der Liquidationsbeschluss vom 12. Januar 2007 nichts. Einerseits wurde die Liquidation erst am 17. April 2007 im Tagebuch des Handelsregisters des Kantons St. Gallen eingetragen. Andererseits hat der Ehemann der Beschwerdeführerin die Funktion des Liquidators inne. Als solcher behält er die arbeitgeberähnliche Stellung bei (vgl. oben II. 2.c sowie Bundesgerichtsentscheide C 75/04 vom 20. April 2005, C 83/03 vom 14. Juli 2003, C 51/05 vom 11. Juli 2005, C 373/00 vom 19. März 2002, C 19/04 vom 14. Juli 2004; ARV 2002 Nr. 28 S. 183, ARV 2007 Nr. 6 S. 115). Damit ist die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin zu verneinen.

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.