



<b>Fall-Nr.:</b>	AVI 2011/65
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	AVI - Arbeitslosenversicherung
<b>Publikationsdatum:</b>	11.04.2012
<b>Entscheiddatum:</b>	11.04.2012

### **Entscheid Versicherungsgericht, 11.04.2012**

**Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung einer Versicherten, die im Betrieb ihres seit mehreren Jahren getrennt lebenden Ehemanns mitarbeitete (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 11. April 2012, AVI 2011/65).Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichter Joachim Huber,Versicherungsrichterin Marie Löhner; a.o. Gerichtsschreiberin Annina BaltisserEntscheid vom 11. April 2012in SachenA.\_\_\_,Beschwerdeführerin,gegenSYNA Arbeitslosenkasse, Zentralverwaltung, Josefstrasse 59, Postfach, 8031 Zürich,Beschwerdegegnerin,betreffendArbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung)Sachverhalt:**

A.

A.a A.\_\_\_ war seit November 2005 als Gesellschafterin mit Kollektivprokura zu zweien bei der B.\_\_\_ (Stammanteil von Fr. 8'000.--, gesamtes Stammkapital Fr. 50'000.-; vgl. act. G 5/28) und seit 1. Februar 2010 erneut als Sachbearbeiterin für diese Gesellschaft tätig. Ende Dezember 2010 löste die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per 31. Januar 2011 auf (act. G 5/13, act. G 5/14). Daraufhin beantragte die Versicherte Arbeitslosenentschädigung per 2. Februar 2011 (act. G 5/1).

A.b Mit Abtretungsvertrag vom 18. Februar 2011 trat die Versicherte ihre acht Stammanteile über je Fr. 1'000.- an ihren Ehemann ab (act. G 5/31). Die Abtretung der Stammanteile und die Löschung ihrer Kollektivprokura zu zweien wurde am \_\_\_. März 2011 im Handelsregister eingetragen. Die Publikation im Tagebuch des Schweizerischen Handelsamtsblattes erfolgte am \_\_\_. März 2011 (act. G 5/59).



## St.Galler Gerichte

A.c Mit Verfügung vom 11. März 2011 lehnte die SYNA Arbeitslosenkasse den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab. Da es sich beim Gesellschafter und Geschäftsführer der ehemaligen Arbeitgeberin der Versicherten um ihren Ehemann handle und dieser damit eine arbeitgeberähnliche Stellung inne habe, müsse ihre Anspruchsberechtigung ab dem 2. Februar 2011 verneint werden (act. G 5/41).

A.d Am 31. März 2011 teilte das Kreisgericht Wil der Arbeitslosenkasse mit, dass zwischen der Versicherten und ihrem Ehemann seit dem \_\_\_\_ März 2011 ein Eheschutzverfahren anhängig sei (act. G 5/51).

A.e Gegen die Verfügung vom 11. März 2011 erhob die Versicherte am 7. April 2011 Einsprache (act. G 5/50). Am 6. Juni 2011 reichte sie den Entscheid des Kreisgerichts Wil vom 26. Mai 2011 ein (act. G 5/55). Gemäss diesem Entscheid einigten sich die Versicherte und ihr Ehemann in der Eheschutzverhandlung vom 26. Mai 2011 im Wesentlichen darauf, dass sie seit dem Januar 2008 getrennt lebten, der gemeinsame Sohn in der Obhut der Mutter bleibe und der Ehemann an den Unterhalt des Sohnes Fr. 800.00 zuzüglich Kinderzulagen sowie an den persönlichen Unterhalt der Ehefrau monatlich Fr. 2'700.00 bezahle. Sollte die Ehefrau Taggelder der Arbeitslosenversicherung beziehen bzw. eine Arbeitsstelle finden, reduziere sich der persönliche Unterhaltsbeitrag um die Hälfte der im Vormonat ausbezahlten Taggelder bzw. des ausbezahlten Nettolohns (vgl. den Entscheid des Kreisgerichts Wil vom 26. Mai 2011, act. G 5/56).

A.f Mit Einspracheentscheid vom 28. Juli 2011 lehnte die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen an, die Regelung, dass ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab Datum einer Scheidung, richterlichen Trennung oder vom Richter verfügten Eheschutzmassnahme bestehe, sei im vorliegenden Fall trotz des Entscheides des Kreisgerichts Wil nicht anwendbar. Die Versicherte sei vom 1. Februar 2010 bis 31. Januar 2011 bei der ehemaligen Arbeitgeberin angestellt gewesen und habe das Arbeitsverhältnis demgemäss angetreten, nachdem sie bereits über zwei Jahre vom Ehemann faktisch getrennt gelebt habe. Demnach stehe fest, dass das Arbeitsverhältnis seitens des Ehemannes der Versicherten nicht wegen Eheschwierigkeiten, sondern infolge finanzieller Probleme oder aus strukturellen Gründen gekündigt worden sei. Dies werde durch die



## St.Galler Gerichte

Arbeitgeberbescheinigung bestätigt, wonach das Arbeitsverhältnis beendet wurde, da die Stelle nicht mehr benötigt worden sei. Somit könne trotz der richterlich verfüigten Eheschutzmassnahme nicht von einer fehlenden Umgehungsgefahr ausgegangen werden, da aufgrund dieser Ausgangslage eine zukünftige erneute Anstellung zumindest möglich wäre (act. G 5/60).

B.

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 5. September 2011 (Postaufgabe). Die Beschwerdeführerin führt an, sie sei von September 2000 bis Ende Dezember 2007 in der Unternehmung ihres Ehemannes tätig gewesen. Dieser habe ihr damals gekündigt, weil sie sich getrennt hätten. Im Januar 2008 sei sie umgezogen und wohne jetzt mit ihrem Sohn in C.\_\_\_\_. Von Januar 2008 bis Dezember 2009 sei sie nicht berufstätig gewesen; im Jahr 2008 habe sie erfolglos eine Stelle gesucht und im Jahr 2009 habe sie ihre schwerkranke Mutter gepflegt. Nach dem Tod der Mutter habe sie vom Ehemann ein Stellenangebot erhalten, da sie die Arbeit gut gekannt und er eine vertraute Person für sein Büro gebraucht habe. Jedoch hätten sie die persönliche Beziehung unterschätzt, weshalb ihr Ehemann ihr wiederum gekündigt und zwei neue Mitarbeiter eingestellt habe. Der Ehemann habe somit nicht aus wirtschaftlichen oder strukturellen Gründen gekündigt. Die Beschwerdeführerin führt zudem Personen auf, die bestätigen könnten, dass sie von ihrem Mann getrennt lebe. Sie und ihr Ehemann hätten getrennte Steuererklärungen und sie bekomme Alimente von ihm. Einen Betrugsversuch zu vermuten, sei eine Beleidigung (act. G 3).

B.b Mit Schreiben vom 25. Oktober 2011 verzichtet die Beschwerdegegnerin auf eine Beschwerdeantwort (act. G 5).

Erwägungen:

1.

Streitig und vorliegend zu prüfen ist, ob eine arbeitgeberähnliche Stellung vorliegt, welche einem Anspruch der Beschwerdeführerin 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 ein Arbeitnehmer resp. eine Arbeitnehmerin 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. Dabei ist das Datum des effektiven Ausscheidens massgebend, nicht dasjenige der Löschung im Handelsregister oder der Publikation im Schweizerischen Handels-



amtsblatt (Urteil des EVG vom 22. August 2003, C 36/03, E. 3, mit Hinweis). 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 Sinne 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).

3.

3.1 Der Ehemann der Beschwerdeführerin ist Geschäftsführer der B.\_\_\_\_, bei welcher diese seit dem 1. Februar 2010 bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. Januar 2011 (act. G 5/14) gearbeitet hatte. Am 21. Mai 2011 stellte die Beschwerdeführerin ein Begehren um Regelung des Getrenntlebens (act. G 5/51). An der Hauptverhandlung vom 26. Mai 2011 des gerichtlichen Eheschutzverfahrens kamen die Parteien gemäss Entscheid des Kreisgerichtes Wil vom 26. Mai 2011 überein, sie würden seit Januar 2008 getrennt leben (act. G 5/56, S. 2, E. 1.1).

3.2 Bei (vormals) im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten von Arbeitgebern besteht gemäss Rz B23 des Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung (KS ALE, in der seit Januar 2007 gültigen Fassung) ab Datum einer Scheidung, richterlichen Trennung oder vom Richter verfügten Eheschutzmassnahmen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. zudem die Entscheide des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 9. Februar 2009, AVI 2008/58, E. 2, sowie vom 9. Mai 2009, AVI 2008/66).

3.3 Da die Beschwerdeführerin bereits seit Januar 2008 von ihrem Ehegatten getrennt lebt, ist davon auszugehen, dass der Trennung nicht bloss vorübergehender



Charakter zukommt und die Beschwerdeführerin keinerlei Einfluss in Unternehmensentscheidungen ihres getrennt lebenden Ehemannes mehr nehmen kann, zumal sie seit 18. Februar 2011 auch formell aus der Gesellschaft ausgeschieden ist und zudem lediglich Minderheitsgesellschafterin war (vgl. act. G 5/31). Ein Wiedereinstieg, sei es als Mitarbeiterin oder als Gesellschafterin, ist unter Berücksichtigung aller Umstände nicht wahrscheinlich. Die Beschwerdeführerin hat in der Beschwerde (act. G 3) auch glaubhaft dargelegt, dass die Kündigung aus persönlichen und nicht strukturellen Gründen erfolgte. Es ist somit ab dem Zeitpunkt des Eheschutzentscheides vom 26. Mai 2011 überwiegend wahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerin aus dem Betrieb des Ehemanns definitiv ausgeschieden ist.

3.4 Entsprechend kommt ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 26. Mai 2011 in Frage. Bezüglich der Zeit vom 2. Februar 2011 (Antragstellung, act. G 5/1) bis und mit 25. Mai 2011 hat die Beschwerdegegnerin den Taggeldanspruch hingegen zu Recht abgelehnt. Weil im Rahmen des Einspracheentscheids einzig die Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung bzw. der mitarbeitenden Ehegattin im Betrieb des Ehemannes geprüft worden ist, ist die Sache zur Prüfung der übrigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Hierbei drängen sich insbesondere mit Blick auf das Vorliegen einer überprüfbaren beitragspflichtigen Beschäftigung und den versicherten Verdienst ergänzende Abklärungen auf. Zu prüfen sind in diesem Zusammenhang namentlich die tatsächlichen Verhältnisse seit der faktischen Trennung im Januar 2008 bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Insbesondere ist fraglich, was für Arbeiten die Beschwerdeführerin im Betrieb des Ehemannes ausführte und in welchem Umfang sie tätig war. Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin in diesem Zeitraum u.a. eine berufsbegleitende Ausbildung absolvierte, die sie im März 2011 abgeschlossen hat (vgl. act. G 1.1). Ausserdem stellt sich die Frage, ob und wie weit die Alimentenzahlungen des Ehemannes zusätzlich zum Lohn der Beschwerdeführerin erfolgten und nicht etwa (teilweise) durch Lohnzahlungen abgegolten wurden. Diesbezüglich werden allenfalls die Akten des Eheschutzverfahrens sowie Steuerakten beizuziehen sein.

4.



## St.Galler Gerichte

4.1 In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 28. Juli 2011 aufzuheben. Die Sache ist im Sinne der Erwägungen zur Prüfung der übrigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 26. Mai 2011 an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

4.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

entschieden:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 28. Juli 2011 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Abklärung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen ab 26. Mai 2011 an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.