



Fall-Nr.: AVI 2008/53
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 04.03.2020
Entscheiddatum: 21.10.2009

Entscheid Versicherungsgericht, 21.10.2009

Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung einer Versicherten, die vor der Trennung im Betrieb ihres Ehemanns arbeitete. Nicht in jedem Fall kann für den Nachweis, dass keine Missbrauchsgefahr aufgrund arbeitgeberähnlicher Stellung (des Ehegatten) besteht, ein Scheidungs- oder Trennungsurteil bzw. Eheschutzurteil verlangt werden. Eine versicherte Person muss den Nachweis, dass sie keinen Einfluss auf die personellen/betrieblichen Entscheidungen des Ehegatten nehmen kann, auch auf andere Weise erbringen können. Vorliegend ist auf das Datum der faktischen Trennung abzustellen, deren Datum im Eheschutzurteil festgehalten ist (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. Oktober 2009, AVI 2008/53). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C_1013/2009.

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiberin Miriam Lendfers

Entscheid vom 21. Oktober 2009

in Sachen

N.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Martin Menzi, Zürcher Rechtsanwälte,
Löwenstrasse 61, Postfach, 8021 Zürich 1,

gegen



Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Arbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung)

Sachverhalt:

A.

A.a N.____ stellte am 30. Januar 2008 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung sinngemäss ab 1. März 2008 (act. G 3.1/C81). Sie war von 1992 bis zum 29. Februar 2008 im Restaurant ihres Ehemanns als dessen Stellvertreterin tätig gewesen. Die Kündigung war seitens des Arbeitgebers am 29. Januar 2008 aus wirtschaftlichen und privaten Gründen erfolgt (act. G 3.1/C83). Mit Schreiben vom 11. Februar 2008 forderte die Kantonale Arbeitslosenkasse (ALK) die Versicherte unter anderem auf, eine Kopie der Trennungsvereinbarung bzw. des Scheidungsurteils einzureichen (act. G 3.1/C12). Am 18. März 2008 teilte sie der Versicherten im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs mit, ihr Ehemann sei als Inhaber des Restaurants im Handelsregister eingetragen. Man gehe davon aus, dass es auch der Versicherten möglich sei, die Entscheidungen betreffend das Restaurant massgeblich zu beeinflussen, weshalb sie nicht als anspruchsberechtigt gelten könne. Die Trennung/Scheidung könne nicht als Befreiungsgrund herangezogen werden, da die Versicherte die Beitragszeit grundsätzlich erbringe und diese einem Befreiungsgrund vorausgehe. Zudem wohne sie noch immer im selben Haushalt. An der finanziellen Situation habe sich demzufolge nichts geändert (act. G 3.1/C10). In seiner in Vertretung der Versicherten eingereichten Stellungnahme vom 18. April 2008 vertrat Rechtsanwalt lic. iur. Martin Menzi die Auffassung, die Versicherte habe einen selbstständigen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (act. G 3.1/C6).

A.b Mit Verfügung vom 24. April 2008 verweigerte die ALK einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 23. Januar 2008. Der Umstand, dass der Ehemann der Versicherten als Inhaber des Restaurants mit Einzelunterschrift im Handelsregister



St.Galler Gerichte

eingetragen sei, berechtige zur Anspruchsablehnung, da der Ehegatte an der unternehmerischen Dispositionsfähigkeit teilnehme und ihm somit arbeitgeberähnliche Stellung zukomme (act. G 3.1/C5).

A.c Gegen diese Verfügung erhob der Rechtsvertreter der Versicherten am 26. Mai 2008 Einsprache, in der er erneut geltend machte, die Versicherte habe einen selbstständigen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, da die Vorschriften betreffend Kurzarbeit nicht analog auf die Ganzarbeitslosigkeit angewendet werden könnten. Die Versicherte habe weder vor noch nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Entscheidungen ihres Ehemanns massgeblich beeinflussen können. Ihr Ausscheiden aus dem Restaurant sei definitiv. Der Vollständigkeit halber liess die Versicherte darauf hinweisen, dass sie mit ihrem Ehemann zwar noch an derselben Adresse, jedoch räumlich getrennt von ihm wohne. Die finanzielle Ausgangslage habe sich sehr wohl verändert (act. G 3.1/C3).

A.d Die ALK wies die Einsprache mit Entscheid vom 14. Juli 2008 ab. Bei der Einsprecherin sei so lange von einer arbeitgeberähnlichen Stellung auszugehen, als keine gerichtliche Trennung vorliege. Somit bestehe weiterhin die Möglichkeit, dass die Einsprecherin Einfluss darauf nehmen könne, dass sie wieder eingestellt werde (act. G 1.1).

B.

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die Beschwerde der Versicherten vom 15. September 2008. Sie lässt dessen Aufhebung und die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung beantragen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Bei Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung könne ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht per se abgelehnt werden. Das Arbeitsverhältnis sei aus persönlichen Motiven aufgelöst worden. Der Beschwerdeführerin sei nicht mehr zumutbar gewesen, im Restaurant ihres Ehemanns zu arbeiten, da zwischen ihnen seit längerem eheliche Spannungen bestanden hätten. Nachdem eine gütliche Einigung zwischen den Parteien gescheitert sei, habe beim zuständigen Kreisgericht mit Eingabe vom 3. Juli 2008 ein Trennungsverfahren angestrengt werden müssen, das noch rechtshängig sei. Die Beschwerdeführerin habe beim RAV Kurse besucht und durch



dessen Vermittlung aushilfsweise Erwerbstätigkeiten übernehmen können. Durch die Kündigung habe sie somit endgültig ihre Stellung verloren und spätestens nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses weder die Entscheidungen des Ehemanns mitbestimmen noch massgeblich beeinflussen können. Unter den gegebenen Umständen bestehe weder eine Gefahr noch das Risiko einer missbräuchlichen Beanspruchung der Arbeitslosenversicherung. Insbesondere sei ausgeschlossen, dass der Ehemann die Beschwerdeführerin erneut für die Mitarbeit einsetze, ihr Gefälligkeitsbescheinigungen ausstelle und ihre Arbeitslosigkeit nach Belieben verlängere oder verkürze (act. G 1).

B.b Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Beschwerdeantwort vom 13. Oktober 2008 die Abweisung der Beschwerde. Bei Antragsstellung im Januar 2008 sei eine arbeitgeberähnliche Stellung der Beschwerdeführerin vorgelegen. In jenem Zeitpunkt habe sie keine gerichtliche Trennung oder Scheidung belegen können, was gemäss Rz. B23 des vom Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) herausgegebenen Kreisschreibens über die Arbeitslosenentschädigung (KS ALE) nötig sei. Solange sie diesen Nachweis nicht erbringen könne, gelte sie als verheiratete Person und somit als mitarbeitende Ehegattin. Hätte sie zum Zeitpunkt der Antragsstellung ein entsprechendes Urteil vorlegen können, hätte ihr Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab Antragsstellung geprüft werden können (act. G 3).

B.c In der Replik vom 2. Februar 2009 lässt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen festhalten. Verwaltungsweisungen in der Art des KS ALE seien für den Sozialversicherungsrichter nicht verbindlich. Weder Gesetz noch Rechtsprechung würden vorsehen, dass eine mitarbeitende Ehefrau nach Ausscheiden aus dem ehelichen Betrieb ein Trennungs- oder Scheidungsurteil oder eine Verfügung über Eheschutzmassnahmen vorlegen müsse, um gegenüber der Arbeitslosenversicherung anspruchsberechtigt zu sein. Das würde faktisch bedeuten, dass Eheleute im Fall einer Trennung in einer wie hier vorliegenden Konstellation immer den Richter anrufen müssten, um die Aufhebung ihrer ehelichen Gemeinschaft darzulegen. Ihnen würde mithin genommen, sich einvernehmlich mit Vereinbarung zu trennen bzw. sie wären in jedem Fall gezwungen, eine solche einvernehmliche Lösung gerichtlich genehmigen zu lassen. Zudem könnten in streitigen Angelegenheiten – wie auch hier – bis zum Vorliegen eines Urteils Monate vergehen. Solche Kriterien könnten damit nicht



St.Galler Gerichte

massgebend sein, um die Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung festzulegen (act. G 11).

B.d Die Beschwerdegegnerin verzichtete am 9. Februar 2009 auf die Einreichung einer Duplik (act. G 13).

B.e Auf Anfrage der zuständigen Verfahrensleiterin des Gerichts vom 24. Februar 2009 (act. G 14) liess die Beschwerdeführerin am 16. März 2009 mitteilen, dass der Entscheid des Kreisgerichts betreffend Eheschutzmassnahmen noch nicht ergangen sei (act. G 15). Mit Schreiben vom 31. März 2009 reichte ihr Rechtsvertreter den schliesslich am 20. März 2009 ergangenen Entscheid ein (act. G 16). Die Beschwerdegegnerin liess die ihr angesetzte Frist zur Stellungnahme unbenützt verstreichen (act. G 17).

B.f Auf weitere Vorbringen der Parteien wird – sofern entscheidwesentlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.

1.1 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. 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).

1.2 Bei (vormals) im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten von Arbeitgebern besteht gemäss Rz. B23 KS ALE ab Datum einer Scheidung, richterlichen Trennung oder vom Richter verfügten Eheschutzmassnahmen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. auch den Entscheid AVI 2008/58 des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 9. Februar 2009, E. 2, sowie AVI 2008/66 vom 9. Mai 2009).

1.3 Im Entscheid C 179/05 vom 17. Oktober 2005 hielt das EVG im Fall einer Versicherten, die aus einer GmbH entlassen, deren Einzelprokura gelöscht worden war und die vorübergehend gerichtlich getrennt lebte, deren Ehegatte aber nach wie vor im Handelsregister als Gesellschafter und Geschäftsführer eingetragen war, Folgendes fest: Die Versicherte sei, auch wenn sie aus der Unternehmung entlassen und ihr Eintrag als Prokuristin mit Einzelprokura im Handelsregister gelöscht worden sei,



Ehefrau einer arbeitgeberähnlichen Person und bleibe damit rechtsprechungsgemäss weiterhin vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen. Dass die Ehegatten vorübergehend gerichtlich getrennt gelebt hätten, ändere daran nichts. Trotz der Trennung dauere die Ehe fort. Die Trennung bezwecke unter anderem, eine Wiedervereinigung offen zu halten, was in diesem Fall geschehen sei, wohne doch die Versicherte nach eigenen Angaben wieder bei ihrem Ehemann und arbeite erneut in dessen Betrieb. Was in ARV 2003 S. 120 zur Ausrichtung von Insolvenzenschädigung an die getrennt lebende Ehefrau einer arbeitgeberähnlichen Person gesagt worden sei, gelte analog für die Arbeitslosenentschädigung. Der Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen und ihrer Ehegatten vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung sei absolut zu verstehen, weshalb es nicht möglich sei, den betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leistungen zu gewähren (E. 2).

1.4 Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hielt im Entscheid AL. 2006.00263 vom 19. März 2007 unter Bezugnahme auf den höchstrichterlichen Entscheid C 179/05 zutreffend fest, dass am strengen Erfordernis der richterlichen Trennung für die Verneinung der arbeitgeberähnlichen Stellung nicht festgehalten werden könne. Dies gelte insbesondere, nachdem sich das Eheschutzverfahren mit dem neuen Scheidungsrecht zum vorgezogenen Scheidungsverfahren entwickelt habe, die eheerhaltende Funktion des Eheschutzverfahrens nicht mehr der Realität entspreche (Schwenzer in: Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel/Genf/München 2000, Allg. Einl., N 23) und sich das Trennungsverfahren als Mittel zur Überbrückung vorübergehender Ehekrise nicht bewährt habe (Leuenberger, in: Praxiskommentar Scheidungsrecht, a.a.O., Art. 117/118 ZGB, N 1). Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Ein gerichtlicher Trennungs- bzw. Eheschutzentscheid kann nicht in jedem Fall verlangt werden. Im Einzelfall kann etwa der Nachweis des Trennungswillens, der eine Wiedervereinigung aller Voraussicht nach ausschliesst, durch eigene Wohnungen und eine gütliche Regelung der Trennungsfolgen erbracht werden.

2.

Für die Beurteilung massgebend ist der Sachverhalt, wie er sich bis zum Erlass des angefochtenen Einspracheentscheids vom 14. Juli 2008 zugetragen hat (BGE 130 V 445 E. 1.2). Der Ehemann der Beschwerdeführerin ist Inhaber und alleinig



Zeichnungsberechtigter des Restaurants, in dem die Beschwerdeführerin während mehrerer Jahre gearbeitet hat. Die Kündigung erfolgte nicht nur aus privaten, sondern gemäss Kündigungsschreiben vom 29. Januar 2008 auch aus wirtschaftlichen Gründen (act. G 3.1/C83). Zwar liess die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin am 5. März 2008 mitteilen, dass der erste Entwurf einer Scheidungskonvention ausgearbeitet worden sei (act. G 3.1/C13). Dennoch war die räumliche Trennung zu jenem Zeitpunkt noch nicht vollzogen; die Ehegatten lebten nach wie vor unter demselben Dach. Auch in der Einsprache vom 26. Mai 2008 legte der Rechtsvertreter dar, die Beschwerdeführerin wohne mit ihrem Ehemann noch an derselben Adresse (act. G 3.1/C3, S. 7). An der Hauptverhandlung vom 31. Oktober 2008 im gerichtlichen Eheschutzverfahren kamen die Parteien gemäss Gerichtsentscheid vom 20. März 2009 überein, dass sie seit 4. Juni 2008 getrennt leben (act. G 16.1, S. 3). Selbst wenn bereits vor diesem Datum Rechtsanwältinnen mit der Regelung der Trennungsfolgen beschäftigt waren, ist der Vollzug der tatsächlichen Trennung vor dem 4. Juni 2008 doch in keiner Weise überprüfbar. Es kann nicht nachvollzogen werden, wie sich das eheliche Verhältnis vor Beendigung des Zusammenlebens gestaltete, ob die Trennung tatsächlich bereits feststand oder ob eine Wiedervereinigung noch ernsthaft in Frage kam. Dies hat erst recht zu gelten, als in der Kündigung wie erwähnt nicht nur persönliche, sondern auch wirtschaftliche Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses angegeben worden waren. Erst ab 4. Juni 2008 ist das Getrenntleben des Ehepaars ausgewiesen. Ab diesem Zeitpunkt ist hinreichend wahrscheinlich, dass die Ehefrau im Betrieb des Ehemanns keinerlei Einfluss mehr nehmen konnte bzw. dieser keine Gefälligkeitsbescheinigungen mehr ausgestellt hätte. Für die davor liegende Zeit gelingt der Beschwerdeführerin der mit der im Sozialversicherungsrecht üblichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu erbringende Beweis der Unmöglichkeit der Einflussnahme nicht. Da sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat, kommt ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erst ab 4. Juni 2008 in Frage. Hinsichtlich der Zeit vom 1. März 2008 (Antragstellung) bis und mit 3. Juni 2008 hat die Beschwerdegegnerin den Taggeldanspruch hingegen zu Recht abgelehnt.

3.



St.Galler Gerichte

3.1 Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 14. Juli 2008 bei teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Ab 4. Juni 2008 kann nicht mehr von Missbrauchsgefahr wegen arbeitgeberähnlicher Stellung ausgegangen werden. Weil im Rahmen des Einspracheentscheids einzig die Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung geprüft worden ist, ist die Sache zur Prüfung der übrigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 4. Juni 2008 an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

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

3.3 Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung, die vom Gericht im Ausmass des Obsiegens ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen wird (Art. 61 lit. g ATSG; vgl. auch Art. 98 ff. VRP/SG, sGS 951.1). Angemessen erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

entschieden:

1. Die Beschwerde wird unter Aufhebung des Einspracheentscheids vom 14. Juli 2008 teilweise gutgeheissen und die Sache zur Abklärung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen ab 4. Juni 2008 an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.