



Fall-Nr.: AVI 2010/19
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 06.09.2019
Entscheiddatum: 21.12.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 21.12.2010

Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, Art. 37 Abs. 4 lit. a AVIV. Arbeitgeberähnliche Stellung. Vorliegend ist die Arbeitslosigkeit nicht durch den Verlust der Stelle bei einem Drittbetrieb, sondern durch die wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Betriebs, in dem der Beschwerdeführerin arbeitgeberähnliche Stellung zukommt und in dem sie ihre vormalige (Neben)Tätigkeit nach dem Stellenverlust beim Drittbetrieb wieder aufgenommen hat, eingetreten. Infolge Missbrauchsgefahr aufgrund ihrer arbeitgeberähnlichen Stellung hat sie daher keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. Dezember 2010, AVI 2010/19).

Abteilungspräsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Christiane Gallati Schneider und Marie Löhner; Gerichtsschreiberin Andrea Keller

Entscheid vom 21. Dezember 2010

in Sachen

G.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Bernhard Reeb, Hauptstrasse 11a,
8280 Kreuzlingen,

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,



Beschwerdegegnerin,

betreffend

Arbeitslosenentschädigung und Rückerstattung von Taggeldern (arbeitgeberähnliche Stellung)

Sachverhalt:

A.

A.a G. ___ arbeitete seit 1. November 2001 als "Hilfskraft im Bereich Produktion" stundenweise für die A. ___ (act. G 9.5), bei welcher ihr Ehemann als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung mit Einzelunterschrift fungiert (vgl. act. G 3.18). Vom 4. Dezember 2006 bis 31. Dezember 2008 (befristetes Arbeitsverhältnis) arbeitete die Versicherte zusätzlich als "Mitarbeiterin Empfang" für die B. ___ (nachfolgend: B. ___; vgl. act. G 3.31 und 3.40). Am 18./19. Dezember 2008 schloss sie mit der A. ___ per 1. Januar 2009 erneut einen Arbeitsvertrag, wobei wiederum keine feste Arbeitszeit vereinbart wurde (act. G 3.37).

A.b In der Folge stellte die Versicherte per 10. Juli 2009 Antrag auf Arbeitslosenentschädigung und gab an, Arbeit im Umfang von 80% einer Vollzeitbeschäftigung zu suchen. Als letztes Arbeitsverhältnis nannte sie die Tätigkeit bei der B. ___. Sie arbeite nach wie vor stunden- bzw. einzeltageweise bei der A. ___ (act. G 3.34).

A.c Mit Schreiben vom 26. Oktober 2009 teilte die Kantonale Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Kasse) der Versicherten mit, dass ihre Anspruchsberechtigung zweifelhaft sei. Ihr Ehemann sei bis heute Gesellschafter und Vorsitzender der A. ___. Es sei davon auszugehen, dass es ihm somit möglich sei, die Entscheidungen des Unternehmens massgeblich zu beeinflussen. Gemäss Rechtsprechung könne die Versicherte unter diesen Umständen nicht als anspruchsberechtigt gelten. Es werde ihr diesbezüglich das rechtliche Gehör gewährt (act. G 3.17). Mit Stellungnahme vom 4. November 2009 brachte die Versicherte im Wesentlichen vor, sie habe ihre Arbeitsstelle bei der B. ___ verloren. Der Nebenverdienst bei der A. ___ habe bereits



vorher bestanden und umfasse lediglich eine stundenweise Beschäftigung für ein bis zwei Tage pro Monat. Aufgrund ihrer privaten finanziellen Situation habe sie nicht sofort Antrag auf Arbeitslosenentschädigung gestellt. Das bei der A.____ erzielte Einkommen werde als Zwischenverdienst abgerechnet (act. G 3.13).

B.

B.a Mit Verfügung vom 11. November 2009 lehnte die Kasse den Antrag der Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung rückwirkend ab Antragstellung ab und forderte zu viel ausbezahlte Taggeldleistungen im Totalbetrag von Fr. 2'003.90 (netto) zurück. Da die Versicherte direkt im Anschluss an ihr Arbeitsverhältnis bei der B.____ einen Vertrag mit unbefristeter Dauer mit der A.____ abgeschlossen habe, müsse davon ausgegangen werden, dass es sich bei der A.____ um das letzte Arbeitsverhältnis gehandelt habe, das die Versicherte vor Eintritt der Arbeitslosigkeit eingegangen sei (act. G 3.12). Gegen diese Verfügung erhob die Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt Bernhard Reeb, am 11. Dezember 2009 Einsprache. Zur Begründung liess sie im Wesentlichen geltend machen, die von der Kasse angeführte höchstrichterliche Rechtsprechung sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Sie habe die Stelle bei der B.____ verloren, bei der sie eine gewöhnliche Arbeitnehmerin gewesen sei. Die Tätigkeit bei der A.____ sei als Nebenverdienst zu qualifizieren; diese werde bereits seit 1. November 2001 ausgeübt (act. G 3.5).

B.b Mit Entscheid vom 20. Januar 2010 wies die Kasse die Einsprache ab. Zur Begründung hielt sie im Wesentlichen fest, gemäss Rechtsprechung könne eine arbeitgeberähnliche Person, die in einem Drittbetrieb während wenigstens sechs Monaten gearbeitet habe und dort arbeitslos werde, ungeachtet der weiterhin andauernden arbeitgeberähnlichen Stellung im ersten Unternehmen Arbeitslosenentschädigung beanspruchen, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt seien. Diese Rechtsprechung gehe von der Konstellation aus, dass eine versicherte Person in einem ersten Betrieb entlassen werde, jedoch die arbeitgeberähnliche Stellung beibehalte, danach in einem Drittbetrieb mindestens sechs Monate lang arbeite und durch den Verlust dieser Stelle arbeitslos werde. Diese Konstellation treffe auf die Versicherte nicht zu. Diese habe vielmehr nach Beendigung der Anstellung ihren Beschäftigungsgrad bei der A.____ erhöht. Die zeitliche Abfolge der massgebenden



Ereignisse (Arbeit in einem Unternehmen in arbeitgeberähnlicher Stellung - Arbeit in einem Drittbetrieb - Arbeitslosigkeit) sei bei der Versicherten gerade umgekehrt. Aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung fehle ihr eine Anspruchsvoraussetzung zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Ob die Tätigkeit bei der A.____ ein Nebenverdienst sei, vermöge daran nichts zu ändern (act. G 3.2).

C.

C.a Mit Eingabe vom 11. Februar 2010 erhebt der Vertreter der Versicherten Beschwerde und beantragt, der Einspracheentscheid vom 20. Januar 2010 und die Verfügung vom 11. November 2009 seien aufzuheben. Die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung sei zu bejahen. Die Sache sei zur Berechnung und Ausrichtung der Arbeitslosentaggelder an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Zur Begründung macht er im Wesentlichen geltend, die Beschwerdegegnerin übersehe bei ihrer Argumentation, dass die Beschwerdeführerin keine Entschädigung für Arbeitslosigkeit wegen Stellenverlusts bei der A.____ beantrage (dort sei keine Arbeitslosigkeit eingetreten), sondern für die Arbeitslosigkeit im Zusammenhang mit dem Verlust der Anstellung bei der B.____. Dass sie sich nicht unmittelbar nach Eintritt der Arbeitslosigkeit per 1. Januar 2009 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung angemeldet habe, habe persönliche Gründe gehabt. Einerseits habe damals die finanzielle Notwendigkeit gefehlt, andererseits sei die Beschwerdeführerin guter Hoffnung gewesen, ohne zeitliche Verzögerung eine neue Anstellung zu finden und die Hilfe der Arbeitslosenversicherung nicht zu brauchen. Die Tätigkeit bei der A.____ sei stets nur ein Nebenerwerb gewesen, den die Beschwerdeführerin seit 2001 ausführe. Dass sie per 1. Januar 2009 einen neuen Vertrag mit der A.____ unterzeichnet habe, liege in der Präzisierung einzelner Vertragspunkte und der Anpassung des Stundenlohns an die Nominallohnentwicklung begründet und habe darüber hinaus keine eigenständige Bedeutung (act. G 1).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 11. März 2010 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, die Beschwerdeführerin habe zuerst in einem Drittbetrieb (B.____) gearbeitet und danach im Unternehmen, in dem sie arbeitgeberähnliche Person sei (A.____). Diese arbeitgeberähnliche Stellung habe auch nach dem Antrag auf



St.Galler Gerichte

Arbeitslosenentschädigung weiter bestanden. Die Beschwerdeführerin sei nicht aufgrund des Stellenverlusts bei der B.____ arbeitslos geworden. Somit sei sie vom Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung ausgeschlossen (act. G 3).

C.c Mit Replik vom 26. März 2010 hält der Vertreter der Beschwerdeführerin an seinen Anträgen fest (act. G 5).

C.d Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf das Einreichen einer Duplik (vgl. act. G 7).

C.e Am 4. November 2010 zieht das Gericht die vollständigen RAV-Akten betreffend die Beschwerdeführerin sowie die Kurzarbeitsakten betreffend die A.____ vom Frühjahr 2009 bei und gewährt den Parteien diesbezüglich das rechtliche Gehör (act. G 11 bis 13 und 15 f.). Zudem weist es die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die Umstände, wie es zur Arbeitslosigkeit gekommen sei, in der Einstellungsverfügung des RAV vom 3. September 2009 anders beschrieben würden als im vorliegenden Beschwerdeverfahren. Schliesslich wird die Beschwerdeführerin um Mitteilung ersucht, ob sie im Jahr 2008 für die A.____ gearbeitet habe, was jene mit Stellungnahme vom 25. November 2010 verneint (vgl. act. G 12 f.).

Erwägungen:

1.

1.1 Nach Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Eine Leistung in der Sozialversicherung ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zurückzuerstatten, wenn in verfahrensrechtlicher Hinsicht entweder die für die (prozessuale) Revision oder die für die Wiedererwägung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Voraussetzungen sind nun in Art. 53 Abs. 1 und 2 ATSG umschrieben, wobei es sich im Wesentlichen um eine Kodifizierung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den Anforderungen an ein Zurückkommen auf eine rechtsbeständig gewordene Verfügung handelt. Gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG müssen formell rechtskräftige



Verfügungen und Einspracheentscheide in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war. Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Den formell rechtskräftigen Verfügungen gleichgestellt sind auch die im formlosen Verfahren ergangenen Entscheide, soweit sie eine mit dem Ablauf der Beschwerdefrist bei formellen Verfügungen vergleichbare Rechtsbeständigkeit erreicht haben (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Art. 53 N 28b). Taggeldabrechnungen der Arbeitslosenversicherung, die nicht in die Form einer formellen Verfügung gekleidet werden, weisen materiell Verfügungscharakter auf (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit dem 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] C 7/02 vom 14. Juli 2003, BGE 125 V 476 E. 1; 122 V 368 E. 2 mit Hinweisen). Sind formell oder formlos zugesprochene Leistungen noch nicht rechtskräftig geworden, kann die Verwaltung innert 30 Tagen darauf zurückkommen, ohne dass - wie dies im Falle des Zurückkommens auf rechtskräftige Verfügungen der Fall ist - die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung oder Revision erfüllt sein müssen. Die Frist von 30 Tagen läuft ab Erlass der zu berichtigenden Verfügung oder ab Leistungsausrichtung (vgl. Kreisschreiben über Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso [KS-RVEI], April 2008, Rz A2 ff.). Zu einem späteren Zeitpunkt bedarf demnach das Zurückkommen auf eine faktische Verfügung, z.B. auf eine Taggeldabrechnung, eines Rückkommenstitels in Form einer Wiedererwägung oder einer prozessualen Revision (BGE 129 V 110).

1.2 Vorliegend kam die Beschwerdegegnerin im November 2009 auf die Taggeldabrechnungen betreffend die Monate Juli und August 2009 zurück (act. G 3.10 ff). Nach dem vorstehend Gesagten bedurfte sie hierfür in beiden Fällen eines Rückkommenstitels.

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 Eidgenössische Versicherungsgericht 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 Betriebs).

2.2 Für die Konstellation, dass jemand in einem ersten Unternehmen arbeitgeberähnliche Person bleibt, daneben in einem Drittbetrieb unselbstständig erwerbstätig wird, dort die Arbeit verliert und Arbeitslosenentschädigung beansprucht, hat das EVG im Urteil vom 25. März 2004, C 171/03, einen Grundsatzentscheid gefällt. Demnach hat eine arbeitgeberähnliche Person keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie sich im Drittbetrieb nur pro forma für kurze Zeit anstellen lässt. Arbeitet sie dort jedoch während längerer Zeit, erscheint es nach einer bestimmten Minimaldauer nicht mehr als missbräuchlich, wenn sie auf Grund der durch die Entlassung aus dem Drittbetrieb entstandenen Arbeitslosigkeit Taggelder beansprucht. In analoger Anwendung von Art. 37 Abs. 4 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV; SR 837.02) hat das Gericht erkannt, dass einer arbeitgeberähnlichen Person, welche in einem Drittbetrieb während wenigstens sechs Monaten gearbeitet hat und hernach arbeitslos wird, der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auf Grund der durch die Entlassung aus dem Drittbetrieb eingetretenen Arbeitslosigkeit nicht mehr versagt werden kann.

3.

3.1 Es ist unbestritten, dass dem Ehemann der Beschwerdeführerin bei der A.____ eine arbeitgeberähnliche Stellung zukommt. Umstritten und zu prüfen ist, ob vorliegend die



von der Beschwerdegegnerin angerufene Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234 zur Anwendung gelangt oder - wie die Beschwerdeführerin dies geltend macht - ein Anwendungsfall der Rechtsprechung gemäss C 171/03 gegeben ist.

3.2 Die Beschwerdeführerin bringt zwar zu Recht vor, dass sie bereits vor und, zumindest teilweise, auch während ihrer Tätigkeit für die B.____ für die A.____ gearbeitet hat (act. G 9.3). Allerdings ist sie im ganzen Jahr 2008 und damit auch im Zeitpunkt des Verlusts der Stelle bei der B.____ nicht für die A.____ tätig gewesen (vgl. act. G 14). Insoweit weicht der Sachverhalt von der Konstellation im Fall C 171/03 ab, wurde die Tätigkeit in arbeitgeberähnlicher Stellung dort doch ohne Unterbruch weitergeführt. Zudem erscheint es fraglich, ob der Verlust der Stelle bei der B.____ tatsächlich kausal für die in der Folge eingetretene Arbeitslosigkeit war. So hat die Beschwerdeführerin am 18./19. Dezember 2008 per 1. Januar 2009 einen neuen Arbeitsvertrag betreffend Tätigkeit in der Administration und Produktion mit der A.____ geschlossen (act. G 3.37). Es erscheint unwahrscheinlich, dass durch diesen Vertrag das ursprüngliche Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der A.____ weitergeführt wurde und lediglich gewisse Anpassungen vorgenommen werden sollten. So heisst es im Vertrag ausdrücklich, das Arbeitsverhältnis beginne am 1. Januar 2009. Zudem gab die Beschwerdeführerin den Beginn ihres Arbeitsverhältnisses bei der A.____ sowohl in der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung (act. G 3.34) als auch in ihrem Lebenslauf (vgl. act. G 12.1) mit (1. Januar) 2009 an. Der Umstand, dass die Tätigkeit der Beschwerdeführerin bei der A.____ im Lebenslauf erst ab 2009 erwähnt wird, obwohl die Beschwerdeführerin bereits seit 2001 dort tätig gewesen ist, lässt zudem darauf schliessen, dass die Beschwerdeführerin diese Arbeit ab jenem Zeitpunkt als ihre "Haupttätigkeit" und nicht länger als eine Nebenerwerbstätigkeit betrachtete. Hierfür spricht auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin gegenüber dem RAV im Rahmen einer beabsichtigten Einstellung wegen ungenügender Arbeitsbemühungen vor der Arbeitslosigkeit mitteilte, ihr Mann habe zum Zeitpunkt, als sie die Stelle bei der B.____ verloren habe, eine Aushilfe im Sekretariat der A.____ gesucht und sie habe diese Stelle übernommen. Anfangs sei sie davon ausgegangen, dass sie dort ein grösseres Arbeitspensum erreichen würde. Aufgrund der Wirtschaftslage (die A.____ habe im April 2009 Kurzarbeit einführen müssen) sei sie aber weniger ausgelastet gewesen als geplant. Weil sich bei der A.____ noch keine Besserung der Situation zeige und auch die Stellensuche im Teilzeitbereich schwieriger sei als erwartet, habe sie sich entschlossen,



einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung zu stellen (vgl. act. G 12.1, Stellungnahme vom 10. August 2009). Vor diesem Hintergrund ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich die Beschwerdeführerin nicht zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung angemeldet hätte, wenn sie bei der A.____ im (ab dem Jahr 2009) vorgesehenen Ausmass hätte beschäftigt werden können. Folglich hat nicht der Stellenverlust bei der B.____, sondern die schwierige wirtschaftliche Situation der A.____, welche ab April 2009 Kurzarbeit anmeldete, zur Arbeitslosigkeit der Beschwerdeführerin geführt. Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer Stellungnahme vom 9. Dezember 2010 (act. G 16) diesbezüglich zu Recht ausgeführt, aufgrund ihrer arbeitgeberähnlichen Stellung sei die Beschwerdeführerin vom Bezug von Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen gewesen. Am 10. Juli 2009, als die A.____ weiterhin Kurzarbeit bezogen habe, habe die Beschwerdeführerin Antrag auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung gestellt. Mit der Ausrichtung solcher Leistungen wären die Bestimmungen über die Kurzarbeit umgangen worden. Damit muss eine Missbrauchsgefahr aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung der Beschwerdeführerin bei der A.____ bejaht werden. Entsprechend hat die Beschwerdegegnerin die Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung zu Recht verneint.

4.

Nach dem Gesagten müssen die Taggeldabrechnungen für die Monate Juli und August 2009 als zweifellos unrichtig bezeichnet werden. Der für diese Monate ausbezahlte Betrag von total Fr. 2'003.90 ist zudem erheblich. Damit sind die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung der beiden Taggeldabrechnungen erfüllt (vgl. E. 1.1), weshalb die Beschwerdegegnerin zu Recht eine Rückforderung verfügt hat.

5.

Im Sinn der obigen 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.