



**Fall-Nr.:** AVI 2010/7  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 06.09.2019  
**Entscheiddatum:** 12.11.2010

### **Entscheid Versicherungsgericht, 12.11.2010**

**Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Beschwerdeführer ist als mitarbeitender Ehegatte einer arbeitgeberähnlichen Person vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen. Frage offen gelassen, ob er selbst als arbeitgeberähnliche Person zu qualifizieren ist (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. November 2010, AVI 2010/7).**

Abteilungspräsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und

Marie-Theres Rüegg Haltinner; Gerichtsschreiber Philipp Geertsen

#### **Entscheid vom 12. November 2010**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_,

**Beschwerdeführer,**

gegen

**UNIA Arbeitslosenkasse**, Sektion St. Gallen, Teufenerstrasse 8, Postfach 2163,  
9001 St. Gallen,

**Beschwerdegegnerin,**

betreffend

**Arbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung)**



### Sachverhalt:

A.

A.a A.\_\_\_\_ war seit Dezember 2007 als Gesellschafter und Geschäftsführer der B.\_\_\_\_ mit Einzelzeichnungsbefugnis im Handelsregister eingetragen und bis Ende Mai 2009 als Wirt für den Gastronomiebetrieb tätig. Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom September 2009 wurde die Gesellschaft aufgelöst (vgl. Auszug des Handelsregisters vom 14. September 2009, act. G 3.2). Im Antrag vom 25. September 2009 erhob der Versicherte wegen Geschäftsaufgabe mit Wirkung ab 9. September 2009 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (act. G 3.1). Zuletzt habe er einen Monatslohn von Fr. 4'800.-- erzielt (Arbeitgeberbescheinigung vom 25. September 2009, act. G 3.2).

A.b Die UNIA Arbeitslosenkasse verfügte am 27. November 2009, der "Lohnfluss ist nicht nachgewiesen, es besteht kein versicherter Verdienst". Die vom Versicherten eingereichten Dokumente würden keine klaren Rückschlüsse auf effektiv ausbezahlte Löhne während der Beitragszeit zulassen. Deshalb könne kein versicherter Verdienst berechnet werden. Der Versicherte habe angegeben, der Lohn sei in bar ausbezahlt worden. Der Lohnfluss bzw. die geforderte beitragspflichtige Beschäftigung sei nicht bewiesen worden (act. G 3.6).

B.

B.a Dagegen erhob der Versicherte am 10. Dezember 2009 Einsprache. Aus dem eingereichten Auszug des individuellen Kontos (IK) sei ersichtlich, welche Beiträge für ihn abgerechnet worden seien. Ferner könne den beigelegten Lohnabrechnungen entnommen werden, dass er seinen Lohn monatlich in bar ausbezahlt erhalten habe und die gesetzlichen Abzüge vorgenommen worden seien (act. G 3.7).

B.b Die Einsprache vom 10. Dezember 2009 wurde mit Entscheid vom 14. Dezember 2009 abgewiesen. Die UNIA Arbeitslosenkasse führte zur Begründung aus, dass die in der Einsprache vorgebrachten Gründe keine andere Einschätzung als im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung zulassen würden. Bei der in der Einsprache erwähnten



## St.Galler Gerichte

Lohnabrechnungen sei der Nachweis für den Lohnfluss nicht erbracht, zumal der Versicherte keine Bankbelege vorweisen könne (act. G 3.8).

C.

C.a Gegen den Einspracheentscheid vom 14. Dezember 2009 richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 23. Januar 2010 (Datum Postaufgabe). Der Beschwerdeführer beantragt darin dessen Aufhebung und sinngemäss die Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab 9. September 2009. Er stellt sich auf den Standpunkt, dass er mit den eingereichten Dokumenten (u.a. Lohnabrechnungen und Bankauszüge) den Bezug der bar ausbezahlten Löhne habe nachweisen können. Das Geschäft habe aufgrund wirtschaftlicher Gründe (40%ige Umsatzeinbusse) aufgelöst werden müssen (act. G 1).

C.b Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Beschwerdeantwort vom 1. März 2010 die Beschwerdeabweisung. Die Begründung lautet im Wesentlichen gleich wie diejenige des angefochtenen Einspracheentscheids (act. G 3).

C.c In der Replik vom 12. März 2010 hält der Beschwerdeführer unverändert an seinen Anträgen fest (act. G 5).

C.d Die Verfahrensleitung des Versicherungsgerichts räumt dem Beschwerdeführer am 16. August 2010 bezüglich der Frage nach seiner allfälligen arbeitgeberähnlichen Stellung bzw. seiner Stellung als mitarbeitender Ehegatte einer arbeitgeberähnlichen Person Gelegenheit zur Stellungnahme ein (act. G 8).

C.e In der Stellungnahme vom 2. September 2010 führt der Beschwerdeführer aus, dass die Gesellschaft am September 2009 aufgelöst worden sei und er sowie seine Ehefrau über keine Zeichnungsberechtigung mehr verfügen würden. Ferner sei das Lokal am 31. Mai 2009 bereits dem Vermieter übergeben worden. Seither würde keine Geschäftstätigkeit mehr ausgeübt. Seine Ehefrau und er hätten drei Monate lang versucht, eine Arbeit zu finden. Die Arbeitslosenentschädigung sei aber erst ab September 2009 beantragt worden, da sie keinen Erfolg bei der Arbeitssuche gehabt hätten (act. G 9).

### **Erwägungen:**



1.

1.1 Vorliegend streitig ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung. Die Beschwerdegegnerin verneint einen solchen, da kein Lohnfluss nachgewiesen sei (act. G 3.8). Obschon von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten, ist vorweg die Frage zu prüfen, ob der Beschwerdeführer als Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung bzw. als Ehegatte einer arbeitgeberähnlichen Person vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen ist.

1.2 Zur Rechtsanwendung von Amtes wegen gehört, dass das Gericht eine im Ergebnis richtige, aber falsch begründete Verfügung mit anderen rechtlichen Überlegungen bestätigt. Der beschwerdeführenden Person ist dabei vorgängig Gelegenheit zu geben, sich zur neuen rechtlichen Ausgangslage zu äussern (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 3. November 2008, 9C\_562/08, E. 6.1 mit Hinweis). Der Beschwerdeführer äusserte sich in der Stellungnahme vom 2. September 2010 zur Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung (act. G 9).

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 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 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. 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 Sinn 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 können (BGE 123 V 238 E. 7b/bb). Analoges gilt auch für den Ehegatten einer Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung (BGE 123 V 237 E. 7a), stünde es der arbeitgeberähnlichen Person doch auch hier frei, ihren Ehegatten zu entlassen und bei besseren wirtschaftlichen Verhältnissen wieder einzustellen.



2.3 Im Beschwerdeverfahren betreffend die Ehegattin des Beschwerdeführers gelangt das Versicherungsgericht zur Auffassung, dass sie auch nach dem Auflösungsbeschluss vom September 2009 als Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe. Dabei falle ins Gewicht, dass die Ehegattin aufgrund des Besitzes eines Stammanteils von Fr. 14'000.-- bei einem Stammkapital von Fr. 20'000.-- (die restliche Stammeinlage war und ist im Besitz des Beschwerdeführers) auch nach dem Auflösungsbeschluss die Geschicke der Gesellschafterversammlung und der Gesellschaft massgeblich beeinflussen könne. Insbesondere verfüge sie über die Dispositionsfreiheit, ihre Zeichnungsberechtigung - oder diejenige des Beschwerdeführers - wiederherzustellen, den externen Liquidator abzubrufen, den Betrieb - allenfalls in neuer Lokalität - jederzeit fortzuführen und sich oder den Beschwerdeführer bei Bedarf erneut als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer einzustellen (Urteil des Versicherungsgerichts vom 12. November 2010, AVI 2010/25, E. 2.3). Dem Beschwerdeführer bleibt daher als Ehegatte einer arbeitgeberähnlichen Person ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verwehrt. Ohnehin scheint der Beschwerdeführer selbst mit Blick auf seine nach wie vor bestehende Stellung als Gesellschafter und Geschäftsführer der B.\_\_\_\_ in Liquidation - wenn auch gegenwärtig ohne Zeichnungsberechtigung - selbst als Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen zu sein. Wie es sich damit verhält, kann aber letztlich offen gelassen werden, da der Beschwerdeführer zumindest als mitarbeitender Ehegatte einer arbeitgeberähnlichen Person zu gelten hat und bis zur Löschung der Gesellschaft im Handelsregister vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen ist. Vor diesem Hintergrund kann die von der Beschwerdegegnerin aufgeworfene und von ihr verneinte Frage, ob der Beschwerdeführer einen Lohnfluss habe nachweisen können, vorerst offen gelassen werden.

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG **entschieden:**



1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.