

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/19 vom 21. Dezember 2010**

Sg Versicherungsgericht, 2010-12-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2010\\_19](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2010_19)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/19 du 21 décembre 2010

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2010/19 del 21 dicembre 2010

## **Regeste**

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).

## **Erwägungen**

### **E. 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).

## **E. 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.

## **E. 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).

## **E. 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.

## **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.