

Le conjoint de l'employeur en raison individuelle est assimilé à une personne qui peut fixer ou considérablement influencer les décisions prises par l'entreprise. Ce conjoint n'a donc pas droit aux indemnités de chômage, aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, ni aux indemnités en cas d'insolvabilité. Les art. 31 al. 3 b et c LACI, l'art. 51 al. 2 LACI et l'application analogue de ces règles aux indemnités journalières ordinaires de l'assurance-chômage ne servent pas à sanctionner un abus effectif ou avéré, mais visent à éviter un risque d'abus, à savoir le versement d'indemnités de chômage à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur. Une séparation de fait même durable, une séparation judiciaire ou une ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale n'exclut pas le risque d'abus. **Aussi, malgré une séparation de fait de plusieurs années, la création d'une nouvelle famille par l'époux-employeur, l'introduction formelle de la demande en divorce et la volonté indiscutable d'une séparation définitive, le lien conjugal étant irrémédiablement rompu, le conjoint de l'employeur ne peut prétendre des indemnités de l'assurance-chômage tant que le mariage n'est pas dissout par un jugement de divorce.**

Auteur : Gilles de Reynier, avocat à Colombier

Recours contre le jugement du Tribunal des assurances du canton de Saint-Gall du 23 juillet 2015

Etat de faits:

A.

Die 1960 geborene A. war ab 1. August 2011 als Sekretärin und Stellvertreterin des Geschäftsleiters bei der Einzelunternehmung ihres damaligen Ehemannes B. angestellt. Nachdem sie B. mit Schreiben vom 5. Dezember 2013 aufgefordert hatte, eine Sicherheit für den zukünftigen Lohn zu leisten, und er ihr mitgeteilt hatte, dass dies nicht möglich sei, kündigte sie das Arbeitsverhältnis am 9. Dezember 2013 fristlos. Gleichentags meldete sie sich auch zur Arbeitsvermittlung an und am 18. Dezember 2013 stellte sie Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. Per 16. Februar 2014 meldete das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) A. von der Arbeitsvermittlung ab, da diese ab 17. Februar 2014 eine Stelle bei der C. AG antreten konnte. Am 21. Februar 2014 wurde die Ehe von A. und B. geschieden (Entscheid des Kreisgerichts D.).

Mit Verfügung vom 8. April 2014 lehnte die Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 9. Dezember 2013 ab und gab zur Begründung an, der Ehemann von A. sei Inhaber mit Einzelunterschrift der Einzelunternehmung, weshalb davon auszugehen sei, dass es ihr als Ehefrau des Inhabers möglich sei, Entscheidungen mitzubestimmen oder massgeblich zu beeinflussen; obwohl geltend gemacht werde, dass eine Trennung erfolgt sei, werde die arbeitgeberähnliche Stellung gemäss den vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) publizierten Vorgaben (AVIG-Praxis ALE Rz. B23) erst ab dem Datum der Scheidung, der richterlichen Trennung oder der vom Richter verfügten Eheschutzmassnahmen aufgehoben. Mittels Einsprache machte A. geltend, dass sie sich im November 2008 von B. getrennt und die Modalitäten am 21. April 2009 aussergerichtlich geregelt habe. Der inzwischen geschiedene B. sei seit Längerem mit einer neuen Lebenspartnerin zusammen und habe mit dieser ein gemeinsames Kind, welches im September 2012 zur Welt gekommen sei. Demgemäss stehe fest, dass die Ehe unwiderruflich zerbrochen sei. Die Arbeitslosenkasse lehnte die Einsprache ab (Einspracheentscheid vom 25. August 2014).

B.

Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen wies die dagegen erhobene Beschwerde ab (Entscheid vom 23. Juli 2015).

C.

A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiär Verfassungsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, die Streitsache sei zur Neuurteilung und neuen Entscheidung an das kantonale Gericht, eventualiter an die Arbeitslosenkasse zurückzuweisen; (sub-) eventualiter sei die Anspruchsberechtigung zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern ab 9. Dezember 2013 bis 16. Februar (2014) zu bejahen und die Kasse sei anzuweisen, entsprechende Arbeitslosentaggelder auszurichten.

Considérants:

1.

Bei der Eingabe der Beschwerdeführerin sind die Voraussetzungen nach Art. 82 ff. BGG für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an sich erfüllt, weshalb sie als solche - und nicht als (subsidiäre) Verfassungsbeschwerde - entgegenzunehmen ist (Art. 113 BGG).

2.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), nur die geltend gemachten Vorbringen, falls allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 mit Hinweis). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG) und kann deren Sachverhaltsfeststellung nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

3.

Das kantonale Gericht hat für das Bundesgericht verbindlich (vgl. E. 2 hiervor) festgestellt, dass für die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitslosigkeit eine "Wiederaufnahme der Ehe" nicht in Frage kam. Diese Annahme stützt die Vorinstanz auf den Umstand, dass das Ehepaar im November 2008 die faktische Trennung aufgenommen und am 21. April 2009 eine aussergerichtliche Trennungsvereinbarung abgeschlossen hatte, sowie am 14. Juli 2011 das Scheidungsverfahren eingeleitet worden war und im September 2012 das Kind des Ehemannes und dessen neuer Lebenspartnerin geboren wurde.

Ausgehend von diesem Sachverhalt war es für die Vorinstanz trotzdem fraglich, ob der Ehemann (nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses) tatsächlich keine Gefälligkeitsbescheinigungen mehr ausgestellt hätte. Über Jahre habe die Beschwerdeführerin unentgeltlich im Betrieb ihres Ehemannes mitgearbeitet. Wenige Tage vor Einreichung der Scheidungsklage soll am 9. Juli 2011 ein Arbeitsvertrag unterzeichnet worden sein, welcher einen Monatslohn von Fr. 4'500.- festgehalten habe, wobei in der Scheidungsklage vom 14. Juli 2011 noch behauptet worden sei, der Ehemann weigere sich, einen Arbeitsvertrag zu unterzeichnen. Durch den Arbeitsvertrag seien sämtliche Unterhaltszahlungen hinfällig geworden. Die fristlose Kündigung sei nicht verständlich und es stelle sich die Frage, ob diese abgesprochen worden sei. So falle auf, dass der Arbeitgeber schon am 2. Dezember 2013 eine Bestätigung "An die Arbeitslosenversicherung" ausgestellt habe, wonach er ab sofort keine Lohnzahlungen mehr leisten könne. Schliesslich sei fraglich, ob er im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung tatsächlich zahlungsunfähig gewesen sei. Zwar habe die Bank im November

2013 eine saisonale Kontokorrentkredit-Limitenerhöhung wegen Liquiditätsschwierigkeiten abgelehnt. Weitere Angaben, die für eine Zahlungsunfähigkeit sprechen würden, seien aber nicht vorgelegen. Zudem seien die Löhne der Beschwerdeführerin bis zur fristlosen Kündigung jeweils ohne grosse Verspätung bezahlt worden und der Betrieb existiere bis heute. Gemäss Scheidungsvereinbarung habe sich der Ehemann verpflichtet, der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 165 ZGB eine Entschädigung von Fr. 120'000.- zu bezahlen und ihr eine güterrechtliche Ausgleichszahlung von Fr. 10'000.- zu leisten. Die Kollektivzeichnungsberechtigung der Ehefrau sei schliesslich erst per 6. März 2014 im Handelsregister gelöscht worden. Damit sei ein gemeinsames Zusammenwirken im Hinblick auf den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung nicht auszuschliessen. Die Beschwerdeführerin könne folglich nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dartun, dass eine Einflussnahme auf den Betrieb des Ehemannes unmöglich gewesen sei, weshalb der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für den Zeitraum vom 9. Dezember 2013 bis 16. Februar 2014 abzulehnen sei.

4.

4.1. Nach dem Wortlaut von Art. 51 Abs. 2 AVIG sind die im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten arbeitgeberähnlicher Personen vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausgeschlossen, und zwar unabhängig davon, ob sie selber ebenfalls eine arbeitgeberähnliche Stellung innehaben. Die Tatsache, dass sie mit einer arbeitgeberähnlichen Person verheiratet sind und in deren Betrieb mitarbeiten, genügt für den Ausschluss vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Wie die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Kurzarbeitsentschädigung, welche in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG eine analoge Regelung kennt, mehrmals betont hat, ist dieser Ausschluss absolut zu verstehen (BGE 123 V 234 E. 7 S. 236; 122 V 270 E. 3 S. 272). Es ist somit nicht möglich, den betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leistungen zu gewähren (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2405 Rz. 464). Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG bezweckt, dem Risiko eines Missbrauchs zu begegnen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten inhärent ist (ARV 2003 S. 240, C 92/02). Dieses Risiko ist dasselbe, ob es nun um Arbeitslosen-, Kurzarbeits- oder Insolvenzenschädigung geht. Daher rechtfertigt sich keine unterschiedliche Behandlung von Ehegatten arbeitgeberähnlicher Personen in Bezug auf diese drei Leistungsarten (SVR 2011 AIV Nr. 14 S. 42, 8C_74/2011 E. 5.1).

4.2. Im Urteil C 16/02 vom 16. September 2002 (ARV 2003 S. 120) hatte das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht (heute: Bundesgericht) entschieden, dass aus Gründen der Rechtssicherheit bei im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten arbeitgeberähnlicher Personen der Anspruch auf Insolvenzenschädigung auch dann nicht bejaht werden könne, falls sie getrennt leben. Gemäss Urteil 8C_1032/2010 vom 7. März 2011 soll, was in ARV 2003 S. 120 zur Ausrichtung von Insolvenzenschädigung an den getrennt lebenden Ehegatten einer arbeitgeberähnlichen Person gesagt wurde, analog auch für die Arbeitslosenentschädigung gelten. Ob diese Rechtsprechung, wonach der in Trennung lebende, ehemals im Betrieb mitarbeitende Ehepartner einer arbeitgeberähnlichen Person keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, weitergeführt wird, liess das Bundesgericht im Urteil 8C_74/2011 vom 3. Juni 2011 (SVR 2011 AIV Nr. 14 S. 42) ausdrücklich offen. Immerhin hielt es fest, dass eine faktische Trennung allein nicht zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung berechtigt und eine erst später vollzogene Scheidung, eine gerichtliche Ehetrennung bzw. vom Gericht verfügte Eheschutzmassnahmen jedenfalls keinen rückwirkenden Anspruch auf Arbeitslosentaggelder begründen (SVR 2011 AIV Nr. 14 S. 42, 8C_74/2011 E. 5.3.2).

5.

5.1. Gemäss AVIG-Praxis ALE B23 besteht ab Datum einer Scheidung, richterlichen Trennung oder vom Richter verfügten Eheschutzmassnahme Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Ob im Sinne

dieser Weisung eine gerichtliche Trennung oder eine richterlich verfügte Eheschutzmassnahme - bei Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen - eine genügende Grundlage für die Ausrichtung von Arbeitslosentaggeldern darstellt, musste das Bundesgericht bisher nicht entscheiden (SVR 2011 AlV Nr. 14 S. 42, 8C_74/2011 E. 5.3.1).

Im vorliegenden Fall liess sich das Ehepaar nicht gerichtlich trennen und richterliche Eheschutzmassnahmen wurden ebenfalls nicht getroffen. Die Vorinstanz geht davon aus, dass für die Beschwerdeführerin eine Weiterführung ("Wiederaufnahme") der Ehe zum Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitslosigkeit im Dezember 2013 nicht mehr in Frage kam. Aus dieser Annahme kann jedoch entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin nicht abgeleitet werden, dass das kantonale Gericht damit auch ein Missbrauchsrisiko oder die Gefahr der Umgehung der relevanten Bestimmungen ausgeschlossen hätte. Das Gegenteil trifft zu, denn mit der beispielhaften Aufzählung von nicht klar einzuordnenden Fakten im angefochtenen Entscheid (vgl. E. 3 hiervor) wurde vielmehr aufgezeigt, dass trotz klaren Scheidungswillens (zumindest seitens der Ehefrau) durchaus Missbrauchspotential vorhanden war. Die letztinstanzlich in diesem Zusammenhang vorgebrachte Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist schon deshalb unbegründet.

5.2. Es ist der Beschwerdeführerin zwar beizupflichten, dass der "Beweis der Unmöglichkeit der Einflussnahme" nicht gelingen kann (dieser ist aber auch nicht gefordert) und beispielsweise auch bei langjährigen Arbeitsverhältnissen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber Absprachen bezüglich Anstellungsverhältnis, Kündigung und Bezug von Arbeitslosentaggeldern vorkommen dürften. Mit ihrer Rüge, dass dieses Missbrauchsrisiko durch Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nicht erfasst sei, weshalb insoweit eine Verletzung von Bundesrecht vorliege, verkennt sie jedoch, dass das Gesetz (Art. 31 Abs. 3 lit. c und Art. 51 Abs. 2 AVIG) den mitarbeitenden Ehegatten per se - also unabhängig von einem eventuellen Trennungs- oder Scheidungswillen - von der Anspruchsberechtigung auf Kurzarbeits- bzw. Insolvenzschiädigung ausschliesst. Das Bundesgericht hat in ständiger Rechtsprechung eine analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG auf arbeitgeberähnliche Personen und ihre Ehegatten, die Arbeitslosenentschädigung verlangen, bejaht mit der Begründung, dass das Missbrauchsrisiko dasselbe ist, unabhängig davon, ob es um Arbeitslosen-, Kurzarbeits- oder Insolvenzschiädigung geht (vgl. E. 4.1 hiervor). Die vorliegend zu beurteilende Konstellation illustriert beispielhaft, dass keine Gründe auszumachen sind, Ehepartner, welche kurz vor der Scheidung stehen, anders zu behandeln.

5.2.1. Die Vorinstanz zeigt unter Verweis auf die Unterlagen aus dem Scheidungsverfahren namentlich auf, dass die Beschwerdeführerin während der Ehe (Heirat im Jahr 19..) lange zu 50 bis 100 % im Betrieb des Ehemannes mitarbeitete, ohne dafür einen Lohn erhalten zu haben. In der Scheidungsklage wurde der fehlende Lohn mit "sozialversicherungsrechtlichen Überlegungen" begründet. Erst seit 2001 war ein Monatsgehalt von Fr. 1'000.- und seit April 2009 von Fr. 1'700.- für ein Pensum zwischen 80 und 100 % ausbezahlt worden. Gemäss Arbeitsvertrag vom 9. Juli 2011 wurde schliesslich ein Monatslohn von Fr. 4'500.- vereinbart. Die Beschwerdeführerin stellte im Scheidungsverfahren Antrag auf einen Unterhaltsbeitrag nach gerichtlichem Ermessen, auf eine angemessene Entschädigung nach Art. 165 ZGB für ausserordentliche Beiträge im Beruf oder Gewerbe des Ehegatten in der Höhe von mindestens Fr. 474'397.-, auf Begleichung von Lohnausständen in der Höhe von Fr. 11'800.- und auf eine güterrechtliche Ausgleichszahlung von Fr. 13'300.-. Das kantonale Gericht stellt für das Bundesgericht verbindlich fest, dass am Scheidungswillen der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitslosigkeit nicht zu zweifeln war. Dennoch waren zumindest die finanziellen Verflechtungen im Dezember 2013 mannigfaltig. Nicht nur der Anspruch auf Unterhaltszahlungen und der nach dem 9. Dezember 2013 wegfallende Lohnanspruch standen damals in einem - zumindest aus dem Blickwinkel der Arbeitslosenkasse - unauflösbaren Zusammenhang, wie die Scheidungsunterlagen belegen. Diese Wechselwirkungen lassen sich nicht nur im vorliegenden Fall feststellen. Erst mit dem Scheidungsurteil findet jeweils eine endgültige Entflechtung der finanziellen Situation der Ehepartner

statt. Während der Trennung können bezüglich der Regelung der Verbindlichkeiten zwischen den Ehepartnern gleichzeitig sowohl widerstreitende (so unter anderem bezüglich der Unterhaltsregelung) als auch gleiche Interessen (beispielsweise sozialversicherungsrechtliche oder steuerliche Auswirkungen von getroffenen Vereinbarungen) bestehen. Für die Arbeitslosenkasse, welche die Voraussetzungen für Taggelder prüfen soll, wäre es - abgesehen vom grossen Abklärungsaufwand - vor Abschluss des Scheidungsverfahrens gar nicht möglich, die richtigen Wertungen vorzunehmen. So verhält es sich auch bei der Beschwerdeführerin. Im angefochtenen Entscheid werden unter anderem Zweifel am Motiv der fristlosen Kündigung, am Bestehen eines Liquidationsengpasses im Betrieb des Ehemannes und an der Unbefangenheit des ehemaligen Arbeitgebers beim Ausstellen einer Bestätigung zuhanden der Arbeitslosenversicherung angebracht und es wird ein Zusammenwirken des Ehepaars im Hinblick auf die Geltendmachung von Arbeitslosenentschädigung nicht ausgeschlossen.

5.2.2. Demgemäss muss die im Urteil 8C_74/2011 vom 3. Juni 2011 (SVR 2011 AIV Nr. 14 S. 42) aufgeworfene Frage, ob mit zunehmender Dauer des Getrenntlebens das Missbrauchsrisiko überhaupt verringert wird oder wegfällt, verneint werden. Es kann nicht Aufgabe der Arbeitslosenkasse sein, abzuklären, aus welchen Gründen ein Ehepaar getrennt lebt, ob die Ehe allenfalls zerrüttet ist oder wie die Chancen für eine Aufgabe des Getrenntlebens stehen (SVR 2011 AIV Nr. 14 S. 42, 8C_74/2011 E. 5.3.2). Vor allem aber lässt sich, wie vorliegend, ein Missbrauchsrisiko selbst dann nicht ausschliessen, wenn von einem klaren Scheidungswillen auszugehen ist. Da somit bis zum Scheidungsurteil eine Umgehungsgefahr persistiert, sind vor diesem Zeitpunkt keine Leistungen der Arbeitslosenversicherung geschuldet, unabhängig davon, ob und wie lange die Ehepartner faktisch oder gerichtlich getrennt leben oder ob gerichtliche Eheschutzmassnahmen angeordnet wurden. Es ist der Vorinstanz folglich beizupflichten, dass Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei andauernder Ehe nicht einmal dann entstehen kann, wenn der Scheidungswille der schon lange getrennt lebenden Ehepartner als unerschütterlich feststehend erscheint.

5.3. Ob im Einzelnen im Dezember 2013 im Betrieb des Ehemannes ein Liquiditätsengpass bestanden hatte und ob die Ehepartner sich bezüglich der Auflösung des Arbeitsverhältnisses abgesprochen hatten, ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht relevant. Sie verkennt, dass hinter der Regelung in Art. 31 Abs. 3 lit. c und Art. 51 Abs. 2 AVIG sowie der analogen Anwendung dieser Bestimmungen bei der Arbeitslosenentschädigung nicht der tatsächliche und nachgewiesene Missbrauch, sondern das Missbrauchsrisiko steht, welches der Konstellation bei im Betrieb des Ehepartners angestellten Personen inhärent ist. Ob die fristlose Kündigung der Beschwerdeführerin somit tatsächlich auf Lohnzahlungsschwierigkeiten ihres Ehemannes zurückzuführen ist, kann offenbleiben. Auf die entsprechenden Sachverhaltsrügen der Beschwerdeführerin muss nicht weiter eingegangen werden. Die vorinstanzliche Ablehnung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung für die Zeit vom 9. Dezember 2013 bis 16. Februar 2014 ist rechens.

6.

Dem Prozessausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 65 Abs. 4 lit. a und Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen, dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) und dem Amt für Wirtschaft und Arbeit schriftlich mitgeteilt.