

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00730 vom 25. Februar 2003

ZH Sozialversicherungsgericht, 2003-02-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2002.00730](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2002.00730)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00730 du 25 février 2003

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2002.00730 del 25 febbraio 2003

## Erwägungen

### E. 2

2.1???? Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, wer ganz oder teilweise arbeitslos ist, einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat, in der Schweiz wohnt, die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht, wer die Beitragszeit erfüllt hat oder von deren Erfüllung befreit ist, wer vermittlungsfähig ist und die Kontrollvorschriften erfüllt (Art. 8 Abs. 1 Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG).

### 2.2????

2.2.1?? Keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat diejenige versicherte Person, welche in rechtsmissbräuchlicher Weise den Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG betreffend die Kurzarbeit umgeht und stattdessen Arbeitslosenentschädigung beantragt: Gemäss dieser Bestimmung sind 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, vom Bezug von Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen, ebenso wie deren mitarbeitende Ehegatten. Nach der Rechtsprechung ist der Ausschluss dieser Personen absolut zu verstehen (BGE 123 V 273 Erw. 7a, BGE 122 V 273 Erw. 3). Auch wenn der Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG dem Wortlaut nach auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten ist, lässt sich daraus nicht folgern, dass die genannten arbeitgeberähnlichen Personen in jedem Fall Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Ganzarbeitslosigkeit haben. Insbesondere verbleibt die Möglichkeit einer Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung (Art. 2 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches [ZGB]), welche nach der Rechtsprechung dann vorliegt, wenn zwar der Wortlaut einer Norm beachtet, ihr Sinn dagegen missachtet wird (BGE 114 Ib 15 Erw. 3a mit Hinweis; vgl. auch BGE 121 II 103 Erw. 4 mit Hinweisen).

2.2.2?? Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG dient der Vermeidung von Missbräuchen (Selbstaussstellung von für die Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit u.?, vor allem bei Arbeitnehmern mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Leitungsfunktionen des Betriebes; BGE 122 V 272 mit Hinweisen). Kurzarbeit kann 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 wird (100%ige Kurzarbeit). In einem solchen Fall

ist ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung nicht anspruchsberechtigt. Wird das Arbeitsverhältnis jedoch gekündigt, liegt Ganzarbeitslosigkeit vor, und es besteht unter den Voraussetzungen von Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Dabei kann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiterbesteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliert, deretwegen er bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine grundsätzlich andere Situation liegt jedoch dann vor, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann. Diesfalls hat er insbesondere die Möglichkeit, sich bei Bedarf wieder in seiner Firma anzustellen und damit seine Arbeitslosigkeit nach eigenem Befinden zu verlängern oder zu beenden. Unter solchen Umständen besteht nicht nur kein Anspruch auf Kurzarbeits-, sondern auch nicht auf Arbeitslosenentschädigung (BGE 123 V 236 Erw. 7 mit Hinweisen).

2.3.3.3.3 Die Verwaltung als verfassende Instanz und - im Beschwerdefall - das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984 S. 136). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Der Richter und die Richterin haben vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste wurdigen (BGE 126 V 360 Erw. 5b, 125 V 195 Erw. 2, je mit Hinweisen).

### **E. 3**

3.1.3.3.3 Streitig und durch das Gericht zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer ab dem 28. März 2002 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Die Grenze richterlicher Überprüfungsbefugnis bildet dabei rechtsprechungsgemäss der Zeitpunkt des Verfassungserlasses (BGE 126 V 366 Erw. 1b), mithin der 3. Juli 2002 (Urk. 2).

3.2.3.3.3 Aufgrund der Akten steht fest und ist überdies unbestritten, dass der Beschwerdeführer vom 16. Oktober 1998 bis zum 9. September 2002 als alleiniger Verwaltungsrat der A. \_\_\_ AG im Handelsregister eingetragen war. Als Verwaltungsrat war er ex lege arbeitgeberähnliche Person im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, weshalb er grundsätzlich keinen Leistungsanspruch hätte geltend machen können, wenn die sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindende Firma Kurzarbeit angemeldet hätte (BGE 122 V 273 Erw. 3). Obwohl er das Amt als Geschäftsführer am 31. August 2001 niederlegte, blieb er als Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragen. Grundsätzlich beurteilt sich die Frage nach dem Verlust der arbeitgeberähnlichen Stellung eines Arbeitnehmers nicht nach der förmlichen Löschung des Verwaltungsratsmandats im Handelsregister, sondern nach dem faktischen Rücktritt aus dem leitenden Amt (BGE 126 V 134 Erw. 5b mit Hinweisen), worauf sich der Beschwerdeführer sinngemäss beruft (Urk. 1).

Vorliegend erscheint es aber nicht als überwiegend wahrscheinlich, dass dem Beschwerdeführer bereits ab Ende März 2002 keine arbeitgeberähnliche Stellung in der

A.\_\_\_\_ AG mehr zukam, obwohl er weiterhin als alleiniger Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragen war. Ganz im Gegenteil l?sst die Tatsache, dass die bei der A.\_\_\_\_ AG eingeholte Arbeitgeberbescheinigung vom 27. M?rz 2002 offensichtlich durch den Beschwerdef?hrer selbst unterzeichnet worden war, obwohl dieser die Firma gem?ss Arbeitszeugnis per 31. August 2001 verlassen hatte (Urk. 3/2), vermuten, dass er die Gesellschaft weiterhin vertrat und verk?rperte (Urk. 7/4/2). Auch das Einreichen des an die A.\_\_\_\_ AG adressierten Schreibens des Handelsregisteramtes des Kantons Z?rich vom 9. September 2002 im Original (Urk. 12/2) deutet nicht darauf hin, der Beschwerdef?hrer habe, wie er replicando dartut, bereits Anfang 2002 "jegliche Stellung in der A.\_\_\_\_ AG verloren" (Urk. 11). Dies entsprach offensichtlich auch nicht seiner Absicht, ansonsten er die entsprechende L?sung im Handelsregister ordnungsgem?ss beantragt h?tte, wie er dies auch bei der B.\_\_\_\_ Kollektivgesellschaft nach deren Aufgabe am 8. April 2002 getan hatte (vgl. Urk. 7/6).

Es muss deshalb mit dem Beweisgrad der ?berwiegenden Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass er die unternehmerische Dispositionsf?higkeit ?ber die vor?bergehend stillgelegte Firma nie ganz verloren hatte und jederzeit in der Lage gewesen w?re, diese zu reaktivieren. Dass die Gesellschaft nicht definitiv stillgelegt worden und eine Wiederaufnahme bei verbesserten Gesch?ftschancen geplant war, ergibt sich auch aus der Replik des Beschwerdef?hrers vom 22. September 2002, auch wenn er dies als alleinige Absicht des ehemaligen Gesch?ftspartners darstellt (Urk. 11). Bei Bedarf h?tte er sich jedenfalls wieder in der A.\_\_\_\_ AG anstellen und damit seine Arbeitslosigkeit beenden k?nnen. Dies gilt unabh?ngig davon, ob er sein Aktienpaket Anfang 2002 verkauft hatte (Urk. 1). Denn auch wenn er - worin dem Beschwerdef?hrer zuzustimmen ist - ohne Aktion?rseigenschaft formellrechtlich das Amt eines Verwaltungsrates an sich nicht mehr h?tte bekleiden k?nnen (Art. 707 Abs. 1 des Obligationenrechts [OR]), so war er aufgrund der gesamten Umst?nde dennoch weiterhin als arbeitgeber?hnliche Person mit massgeblichem Einfluss auf die Unternehmung im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG zu qualifizieren, denn nicht nur Verwaltungsr?te fallen unter diese Bestimmung. Mit seinem Antrag auf Arbeitslosenentsch?digung am 25. M?rz 2002 (Urk. 7/1) umging der Versicherte deshalb die Bestimmungen ?ber die Kurzarbeitsentsch?digung, weshalb auch der Leistungsanspruch f?r Arbeitslosenentsch?digung bis (mindestens) im Verf?gungszeitpunkt (3. Juli 2002) zu verneinen ist.

Diese Erw?gungen f?hren zur Abweisung der Beschwerde.

4.????? Eine ?berpr?fung des Anspruchs ?ber das Verf?gungsdatum hinaus ist dem Gericht verwehrt (vorne Ziff. 3.1). Die Beschwerdegegnerin wird zu pr?fen haben, ob die L?sung des Verwaltungsratsmandats des Beschwerdef?hrers im Handelsregister am 9. September 2002 (Tagebucheintrag; Urk. 21) zum definitiven Verlust der arbeitgeber?hnlichen Stellung gef?hrt hat und gegebenenfalls - bei Vorliegen der ?brigen Anspruchsvoraussetzungen (Art. 8 Abs. 1 AVIG) - Anspruch auf Arbeitslosenentsch?digung besteht. Insbesondere wird dabei auch zu beachten sein, dass der Beschwerdef?hrer ab dem 1. August 2002 eine bis 31. Januar 2003 befristete T?tigkeit als Lehrperson an der Kantonsschule E.\_\_\_\_ versah (Urk. 18).

Das Gericht erkennt:

1.????????? Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.????????? Das Verfahren ist kostenlos.

3.???????? Zustellung gegen Empfangsschein an:

- W.\_\_\_\_, unter Beilage des Doppels von Urk. 23
- ALK SMUV Gewerkschaft Industrie, Gewerbe, Dienstleistungen
- Staatssekretariat f?r Wirtschaft seco
- AWA Amt f?r Wirtschaft und Arbeit

4.???????? Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgen?ssischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgen?ssischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begr?ndung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdef?hrers oder seines Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugeh?rige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdef?hrer sie in H?nden hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

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