

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2003.00303 vom 28. Mai 2004

ZH Sozialversicherungsgericht, 2004-05-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2003.00303](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2003.00303)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2003.00303 du 28 mai 2004

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2003.00303 del 28 maggio 2004

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Eine versicherte Person hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie unter anderem ganz oder teilweise arbeitslos ist, einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat und vermittlungsfähig ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a, lit. b und lit. f. in Verbindung mit Art. 11 und 15 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG).

1.2 Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ist bei arbeitgeberähnlichen Personen jedoch der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen, wenn die Beanspruchung der Arbeitslosenversicherung einer Umgehung der Bestimmung über den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG gleichkommt (BGE 123 V 234). Nach dieser Bestimmung haben nämlich diejenigen Personen keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, 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 deren mitarbeitende Ehegatten. Da es in der Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers liegt, Kurzarbeit einzuführen, können Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung auf diese Entscheidung Einfluss nehmen und somit ihre Stellung missbrauchen.

Kurzarbeit kann nicht allein in einer Reduktion der wöchentlichen, wöchentlichen oder monatlichen Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass ein Betrieb (bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis) für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt wird. 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 Entschädigung. 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 (BGE 123 V 238 f. Erw. 7f).

2.1

2.1 Die Beschwerdeführerin verneinte die Anspruchsberechtigung ab dem 1. Januar 2003 mit der Begründung, dass der Beschwerdeführer trotz erfolgter Kündigung per 31. Dezember 2002 gemäss Handelsregistereintrag weiterhin eine Organstellung als Alleingesellschafter und Geschäftsführer inne gehabt habe. Auch nach seiner Entlassung könne er deshalb die Entscheidungen der Gesellschaft bestimmen oder zumindest massgeblich beeinflussen. Ebenso sei die unternehmerische Dispositionsfreiheit, sich selber bei Bedarf wieder einzustellen, vorhanden. Solange keine Liquidation des Handelsregistereintrages beschlossen sei, bestehe für den Beschwerdeführer aufgrund seiner beherrschenden Stellung grundsätzlich die Möglichkeit, den Betrieb - allenfalls auf anderer Basis oder an anderen Umständen respektive in anderen Räumen - zu reaktivieren. Erst mit der definitiven Liquidation der Gesellschaft belege die versicherte Person ihren Willen, endgültig aus dem Betrieb auszuschneiden und ihn zu liquidieren. Im Sinne der erwähnten Rechtsprechung zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG (vgl. Erw. 1.2) sei die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers zu verneinen (Urk. 5 und Urk. 6/1).

2.2 Dagegen brachte der Beschwerdeführer im wesentlichen vor, es sei zwar richtig, dass er gemäss Handelsregisterauszug vom 4. April 2003 noch als Gesellschafter und Geschäftsführer ohne Zeichnungsberechtigung angeführt sei und somit eine Organstellung inne gehabt habe, doch eine arbeitgeberähnliche Funktion habe er nicht mehr ausgeübt.

Am 9. September 2002 habe die Bezirksanwaltschaft Hinwil veranlasst, wegen Verdachts auf unerlaubte Herstellung und Verkauf von Hanf als verbotenes Betäubungsmittel eine Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten der A.\_\_\_\_ durchzuführen. Dabei seien vorerst sämtliche Räumlichkeiten versiegelt, sämtliche administrativen Unterlagen (Administrations- und Buchhaltungsunterlagen) polizeilich sichergestellt und in der Folge das gesamte Warenmaterial, die massgeblichen Teile der Produktionsanlagen des Betriebs teils beschlagnahmt und teils vernichtet worden. Der A.\_\_\_\_ sei dadurch jegliche Fortführung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit verunmöglicht worden. Sie sei gezwungen gewesen, ihre vertraglichen Verpflichtungen aufzulösen und sich mit Beschluss vom 27. November 2002 aufzulösen respektive die Liquidation des Betriebs beim Handelsregisteramt anzumelden.

Die Befugnisse des Beschwerdeführers seien ab diesem Zeitpunkt trotz der vorerst noch verbleibenden Stellung als Geschäftsführer gestützt auf Art. 823 in Verbindung mit Art. 739 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR) nunmehr beschränkt gewesen. Er sei zwar Liquidator gewesen, doch habe er in dieser Funktion lediglich Handlungen hinsichtlich der Liquidation vornehmen können und dürfen. Auch die Funktion als Liquidator habe er per 28. März 2003 schliesslich aufgegeben. Diese Stellung sei auf einen aussenstehenden Dritten übertragen worden, und der Beschwerdeführer habe ab dann auch keine Zeichnungsberechtigung mehr gehabt, obwohl er formell noch Gesellschafter und Geschäftsführer gewesen sei.

Dass er erst am 16. Mai 2003 förmlich als Geschäftsführer demissioniert habe, sei auf eine Nachlässigkeit zurückzuführen, nachdem er ja bereits Ende März 2003 über keine Zeichnungsberechtigung mehr verfügt, aber als formell aufgeführter Geschäftsführer trotzdem noch den strengen Haftungsbestimmungen unterlegen habe.

Die A. \_\_\_ sei infolge der polizeilichen Intervention nicht nur gezwungen worden, all ihren Angestellten zu kündigen und ihre Mieträume aufzugeben, sondern habe - unfreiwillig - endgültig liquidiert werden müssen. Die verbleibenden Anlagen seien soweit als möglich verkauft worden. Formlich sei die Liquidation indes bis heute noch nicht erfolgt. Dies könne erst dann vorgenommen werden, wenn sämtliche Schulden gegenüber Dritten beglichen oder - im Rahmen einer konkursrechtlichen Liquidation - zumindest bekannt sind. Die beschlagnahmte Buchhaltung der A. \_\_\_ sei von der Bezirksanwaltschaft erst am 21. August 2003 zurückgegeben worden, weshalb die Schulden noch nicht abschliessend geregelt worden seien, erst seit anfangs Jahr ein Geschäftsabschluss des Jahres 2002 vorliege und die Steuerrechnung 2002 und 2003 deshalb noch nicht erstellt worden seien. Der A. \_\_\_ werde es aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr möglich sein, weiterhin in der kostenintensiven und fachspezifischen Innenaufzucht von Pflanzen tätig zu sein. Seit der Anmeldung der Liquidation seien einzig und alleine Liquidationshandlungen vorgenommen worden und seit Ende 2002 fehle es an wirtschaftlichen, technischen und fachspezifischen Mitteln sowie an Know How für eine anderweitige Fortführung des Betriebs. Deshalb habe es auch nie eine Möglichkeit gegeben, den Beschwerdeführer wieder anzustellen (Urk. 1, Urk. 6/8 und Urk. 16).

### 3.1

Der Beschwerdeführer ist als Geschäftsführer der A. \_\_\_ arbeitslosenversicherungsrechtlich als Arbeitnehmer zu betrachten. Der Arbeitsvertrag mit der A. \_\_\_ (Urk. 6/31) wurde am 28. Oktober 2002 per Ende Dezember 2002 aufgelöst (Urk. 6/23 = Urk. 6/30). Der Beschwerdeführer blieb aber bis am 27. November 2002 Geschäftsführer und Gesellschafter der A. \_\_\_. Ab diesem Datum amtierte er bis am 28. März 2003 (Tagebucheintrag: publiziert am 3. April 2003 im Schweizerischen Handelsamtsblatt, Urk. 6/6/2) zudem als Liquidator. Daneben blieb er als Geschäftsführer und Gesellschafter eingetragen und besass Einzelzeichnungsberechtigung (Urk. 6/7). Nachdem ein neuer Liquidator gewählt worden war, blieb er noch bis am 16. Mai 2003 (Tagebucheintrag: publiziert am 22. Mai 2003 im Schweizerischen Handelsamtsblatt, Urk. 6/6/3) als Gesellschafter und Geschäftsführer, jedoch ohne Zeichnungsberechtigung, im Handelsregister eingetragen (Urk. 6/7). Am 16. Mai 2003 demissionierte er sodann als Geschäftsführer und ist seither noch als Gesellschafter ohne Zeichnungsberechtigung im Handelsregister aufgeführt (Tagebucheintrag: publiziert am 22. Mai 2003 im Schweizerischen Handelsamtsblatt, Urk. 6/6/3 sowie Urk. 6/7 und Urk. 6/17).

3.2 Mit öffentlich beurkundetem Gesellschafterbeschluss vom 27. November 2002 wurde die A. \_\_\_ aufgelöst. Wie erwähnt, arbeitete der Beschwerdeführer nach der Kündigung per Ende Dezember 2002 weiterhin für die A. \_\_\_, ab dem 27. November 2002, insbesondere auch als Liquidator der Gesellschaft (Urk. 6/26).

Die Gesellschaftsorgane behalten während der Liquidation ihre gesetzlichen und statutarischen Befugnisse bei, soweit sie zur Durchführung der Liquidation erforderlich sind und dem Liquidationszweck nicht entgegenstehen und die daraus abgeleiteten Handlungen ihrer Natur nach nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können. Dazu kann auch die Weiterführung des Geschäfts bis zu dessen Verkauf oder Auflösung gehören (AHI 1994 S. 37 Erw. 6c mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre). Die Liquidation der A. \_\_\_ ist bis heute noch nicht zum

Abschluss gekommen, zumal dies die Löschung der Firma im Handelsregister zur Folge hätte, welche vorliegend noch nicht vorgenommen worden ist (vgl. Internet-Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich vom 6. Mai 2004, Urk. 22).

3.3 Aktenmässig steht damit fest, dass der Beschwerdeführer nach dem Liquidationsbeschluss vom 27. November 2002 (Urk. 6/26) weiterhin als Geschäftsführer und überdies als Liquidator sowie schliesslich als Gesellschafter auftrat. Damit hat der Beschwerdeführer bis zur Eintragung der Auflösung im Handelsregister eine arbeitgeberähnliche Stellung inne (vgl. ARV 2002, Erw. 3c, S. 185) und aufgrund höchststrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich bis zum Eintrag der Löschung der A.\_\_\_\_ entsprechend keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (BGE 123 V 239).

Die Rechtsprechung nach BGE 123 V 237 Erw. 7 ist jedoch nicht in dem Sinn zu verstehen, dass Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung stets und schlechthin vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen wären (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgericht, EVG, in Sachen B. vom 6. Oktober 2000, C 16/00, Erw. 2b, sowie Urteil des EVG in Sachen C. und R. vom 6. Juni 2002, C 264/01, Erw. 2c). Vielmehr ist der in der Botschaft (BBl 1980 III 591 f.) ausgedrückten Regelungsabsicht Rechnung zu tragen, dass auch solche Personen gegebenenfalls anspruchsberechtigt sein können. Eine Einschränkung der Anspruchsberechtigung kann sich durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG - nach Wortlaut und systematischer Einreihung einer Vorschrift zur Kurzarbeitsentschädigung - ergeben, um Gesetzesumgehungen und rechtsmissbräuchliche Leistungsbezüge zu verhindern. Für die Grenzziehung stellt BGE 123 V 237 Erw. 7 insbesondere darauf ab, ob der Betrieb nur "für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt" (kein Anspruch) oder aber "geschlossen" wird, das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist (Anspruch bejaht; BGE 123 V 237 Erw. 7b/bb).

3.4 Die besonderen Umstände des vorliegenden Falles rechtfertigen eine differenzierte Betrachtung. Aufgrund der Akten ist erstellt, dass die Geschäftsunterlagen der A.\_\_\_\_ mit Verfügung der Bezirksanwaltschaft Hinwil vom 30. Oktober 2002 beschlagnahmt (Urk. 6/3) und dem Beschwerdeführer erst am 21. August 2003 wieder ausgehändigt wurden (Urk. 17/4). Vor der Rückgabe sämtlicher Geschäftsunterlagen war es dem Liquidator der A.\_\_\_\_ nicht möglich, eine definitive Liquidationsbilanz zu erstellen und die Liquidation zu Ende zu bringen. Dass die Firma im Handelsregister noch nicht gelöscht worden ist, steht deshalb in nachvollziehbarem Zusammenhang mit dem laufenden Strafverfahren. Insofern ist als massgebender Zeitpunkt an den 16. Mai 2003 anzuknüpfen, als der Beschwerdeführer als Geschäftsführer demissionierte. Mit der Aufgabe der Funktion als Geschäftsführer gab er nach aussen zu erkennen, dass er seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb gänzlich aufgeben wollte, und es ist mit dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die verzögerte Auflösung des Betriebs keine Gesetzesumgehung bezwecken sollte, sondern durch die genannten Untersuchungshandlungen seitens der Bezirksanwaltschaft begründet war. Dies umso mehr, als dass bereits am 27. November 2002 die Liquidation des Betriebs beschlossen wurde (Urk. 6/26) und ein Widerruf eines solchen Beschlusses nicht ohne weiteres erfolgen kann (vgl. Peter Bäckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, Rz 1955d, S. 1027).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Dagegen erscheint der Einwand, es sei auf eine Nachlässigkeit des Beschwerdeführers zurückzuführen, dass er seine Geschäftsführerfunktion nicht bereits früher formell aus dem Handelsregister löschen liess (Urk. 16 Ziff. 1 S. 2), etwas fragwürdig, zumal er am 28. März 2003 zufolge der Aufgabe seiner Funktion als Liquidator auch gleich die Streichung der Geschäftsführerfunktion beim Handelsregisteramt hätte veranlassen können.

3.5 Ä Ä Ä Ä Bei diesem Ergebnis erbringt sich die Behandlung des Sistierungsbegehrens des Beschwerdeführers. Ä Ä Ä

3.6 Fraglich und abklärungsbedürftig bleibt allerdings, ob der Beschwerdeführer ab dem 16. Mai 2003 bis zur Löschung der A. \_\_\_ im Handelsregister, mithin dem Untergang seiner Gesellschafterfunktion, vermittlungsfähig war und wie weit er einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitt. Immerhin oblagen ihm als Alleingesellschafter zumindest noch jene Befugnisse, die für die Durchführung der Liquidation erforderlich sind, ihrer Natur nach jedoch nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können (Art. 823 in Verbindung mit Art. 739 Abs. 2 OR).

3.7 Ä Ä Ä Ä Dies führt zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde in dem Sinne, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 26. September 2003 aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist, damit sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen prüfe.

4. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) haben die Parteien auf Antrag nach Massgabe ihres Obsiegens Anspruch auf den vom Gericht festzusetzenden Ersatz der Parteikosten. Dieser wird ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach dem Schwierigkeitsgrad des Prozesses bemessen. Die Prozessentschädigung wird ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach dem Schwierigkeitsgrad des Prozesses bemessen (§ 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Vorliegend erscheint eine Prozessentschädigung von Fr. 1'300.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) als angemessen.

Das Gericht erkennt:

1. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse der GBI, Zahlstelle Wetzikon, vom 26. September 2003 aufgehoben und die Sache an diese zurückgewiesen wird, damit sie im Sinne der Erwägungen verfähre.

2. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Das Verfahren ist kostenlos.

3. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'300.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) zu bezahlen.

#### **E. 4**

Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Ruadi Thöni
- Arbeitslosenkasse der GBI
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. Gegen diese Entscheidung kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

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