

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00339 vom 23. November 2005

ZH Sozialversicherungsgericht, 2005-11-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2005.00339

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00339 du 23 novembre 2005

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2005.00339 del 23 novembre 2005

Erwägungen

E. 1

1.1.1. Als erstes stellt sich die Frage nach dem generellen Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung im zu beurteilenden Zeitraum bis zum 25. Juli 2005, und es ist zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin diesen Anspruch zu Recht mit dem Hinweis auf dessen arbeitgeberähnliche Stellung bei der Y. GmbH verneint hat.

E. 1.2

1.2.1. Eine arbeitslose Person hat unter den Voraussetzungen in Art. 8 ff. des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

E. 1.2.2

Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG unter den in lit. a-d genannten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Erforderlich ist unter anderem, dass ein anrechenbarer Arbeitsausfall im Sinne der Kriterien in Art. 32 AVIG vorliegt (Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG) und dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG).

Vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen sind nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG diejenigen 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. Es handelt sich somit um Personen, denen zwar die Rechtsstellung von Arbeitnehmern zukommt, die jedoch dem Einfluss auf die Unternehmensgeschichte nach eine arbeitgeberähnliche Position einnehmen. Die Regelung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG dient der Verhütung von Missbräuchen und soll insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (vgl. BGE 123 V 238 f. Erw. 7b/bb). Wer demnach am Entscheid über das Eintreten des Versicherungsfalles der Kurzarbeit selber massgeblich beteiligt ist, soll aufgrund ebendieses Versicherungsfalles keine Leistungen beanspruchen können.

1.2.3. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht im Grundsatzentscheid vom 4. September 1997 (BGE 123 V 234 ff.) erwogen hat, kann Kurzarbeit nicht nur in einer Reduktion der Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass der Betrieb für eine gewisse

Zeit vollständig stillgelegt wird. Solange ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung mit der betreffenden Unternehmung noch in einem Arbeitsverhältnis steht, hat er aufgrund der Ausschlussbestimmung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Wird das Arbeitsverhältnis hingegen gekündigt, so gilt die arbeitgeberähnliche Person nach den Erwägungen im zitierten Entscheid nunmehr als arbeitslos und kann somit unter den Voraussetzungen in Art. 8 ff. AVIG

Arbeitslosenentschädigung beanspruchen. Behält sie nach der Entlassung allerdings ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann dadurch dessen Entscheidungen weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, so läuft die Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung gemäss der Auffassung des höchsten Gerichts auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, und es besteht daher in analoger Anwendung dieser Bestimmung auch bei grundsätzlich gegebenen Voraussetzungen nach Art. 8 ff. AVIG kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Das Gericht begründete den Umgehungstatbestand im erwähnten Entscheid damit, dass die arbeitgeberähnliche Person über die Dispositionsfreiheit verfüge, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Andererseits könne dann nicht mehr von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen werde und das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung mithin definitiv sei, oder wenn das Unternehmen zwar weiterbestehe, die arbeitgeberähnliche Person jedoch mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliere, deretwegen sie bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre (vgl. BGE 123 V 238 f. Erw. 7b/bb).

         Der Rechtsmissbrauch liegt somit nach der dargelegten Auffassung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in der zweckwidrigen Verwendung des Rechtsinstitutes der Kündigung (zur zweckwidrigen Verwendung eines Rechtsinstituts als Rechtsmissbrauchstatbestand vgl. Häfelin/M ller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz 716). Wenn mit der Kündigung nicht die endgültige Auflösung des Arbeitsverhältnisses bezweckt wird, sondern sie in erster Linie zum Zweck der - vorübergehenden - Geltendmachung von Arbeitslosenentschädigung ausgesprochen wird und von Anfang an eine Wiedereinstellung bei veränderter Geschäftslage vorgesehen ist, so liegt eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vor. Mit dem Mittel der Kündigung soll hier auf einem Umweg das erreicht werden, was diese Bestimmung ausschliessen will, nämlich dass Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung für einen vorübergehenden Arbeitsausfall in ihrem Betrieb Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen können.

         Nach der Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts setzt die Annahme eines Umgehungstatbestandes im dargelegten Sinne nicht voraus, dass der arbeitgeberähnlichen Person im konkreten Fall tatsächlich ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nachgewiesen werden kann, sondern mit der analogen Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG auf arbeitslose Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung soll vielmehr schon dem alleinigen abstrakten Risiko eines Rechtsmissbrauchs begegnet werden (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen T. vom 15. April 2004, C 245/03, Erw. 3 mit Hinweis). Dies hat zur Folge, dass die arbeitslos gewordene arbeitgeberähnliche Person schon allein aufgrund ihrer beibehaltenen

arbeitgeberähnlichen Stellung keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, ohne dass zu prüfen ist, ob die Auflösung des Arbeitsverhältnisses tatsächlich in rechtsmissbräuchlicher Absicht erfolgt ist (vgl. Jäggi, Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, in SZS 48/2004 S. 8).

1.2.4.4 Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat allerdings auch festgehalten, dass denjenigen arbeitslosen Personen mit beibehaltener arbeitgeberähnlicher Stellung im bisherigen Betrieb, die nach der Arbeitslosigkeit in einem Drittbetrieb eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen, im Falle einer dortigen Entlassung ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht für unbegrenzte Zeit mit dem Hinweis auf die arbeitgeberähnliche Stellung im Erstunternehmen versagt werden könne und dass daher eine zeitliche Grenze zu suchen sei, ab welcher der Bezug von Arbeitslosenentschädigung aufgrund der Entlassung im Drittbetrieb trotz beibehaltener arbeitgeberähnlicher Stellung im Erstbetrieb nicht mehr als rechtsmissbräuchlich erscheine (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen W. vom 31. März 2004, C 171/03, publiziert in SVR 2004, ALV Nr. 15 S. 47, Erw. 2.3.1). Zur Festlegung dieser zeitlichen Grenze hat das höchste Gericht im gerade zitierten, in Anferbesetzung getroffenen Grundsatzurteil die Vorschrift in Art. 37 Abs. 4 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldung (AVIV) herangezogen, wonach der versicherte Verdienst (Art. 23 Abs. 1 AVIG) auf die nächste Kontrollperiode neu festgesetzt wird, wenn die versicherte Person innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug ununterbrochen eine beitragspflichtige Beschäftigung zu einem Lohn ausgeübt hat, der über dem versicherten Verdienst liegt, und erneut arbeitslos wird. Es hat festgehalten, dass Versicherten mit arbeitgeberähnlicher Stellung und ihren Ehegatten in analoger Anwendung von Art. 37 Abs. 4 lit. a AVIV nach dem Verlust einer während mindestens sechs Monaten ausgeübten Arbeitnehmerschaft in einem Drittbetrieb die Berechtigung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung zuzuerkennen sei, selbst wenn die arbeitgeberähnliche Stellung im Erstbetrieb noch andauere (SVR 2004, ALV Nr. 15 S. 47, Erw. 2.3.2).

E. 1.3.1

Aufgrund der Handelsregisterauszüge vom 2. Mai und vom 24. Juni 2005 (Urk. 12/30 und Urk. 12/20), des aktuellen Internet-Vollauszugs vom 8. November 2005 (Urk. 33) und der eigenen Vorbringen des Beschwerdeführers in der Eingabe vom 28. Juli 2005 (Urk. 21 S. 2) und in der Replik (Urk. 26) steht fest, dass der Beschwerdeführer im gesamten zu beurteilenden Zeitraum bis zum 25. Juli 2005 als einzelunterschriftsberechtigter Geschäftsführer der Y. GmbH eingetragen war und zudem über die Hälfte des Stammkapitals verfügte. Damit bekleidete er sowohl kraft seiner Stellung als Gesellschafter und Geschäftsführer als auch kraft seiner finanziellen Beteiligung zweifellos eine arbeitgeberähnliche Stellung im Sinne der dargelegten Rechtsprechung zur Umgehung der Regelung in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG.

Allerdings hatte der Beschwerdeführer mit dem Eintritt in das Arbeitsverhältnis mit der Z. per 1. Mai 2004 (vgl. Urk. 12/26) und mit seiner in der Folge bis Ende Dezember 2004 ausgeübten Tätigkeit beziehungsweise seiner bis zum 24. Januar 2005 innegehabten Anstellung als Niederlassungsleiter eine unselbständige Arbeit in einem Drittbetrieb verrichtet. In diesem Drittbetrieb hatte er zumindest ab der Auflösung des Arbeitsverhältnisses sicher keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat die erwähnte Mitteilung des seco im zitierten Urteil vom 31. März 2004 wiedergegeben. Es konnte aber offen lassen, ob die darin festgelegte Orientierung an der Mindestbeitragszeit gemäss Art. 13 Abs. 1 AVIG sachgerecht und die Weisung gesetzesmässig ist, da die versicherte Person im konkreten Fall nicht einmal eine sechsmonatige Beschäftigungsdauer im Drittbetrieb vorzuweisen hatte (SVR 2004 ALV Nr. 15 S. 47 Erw. 2.3.3 und Erw. 2.4). Dennoch hat es andererseits in grundsätzlicher Art die schon dargelegte Lösung hergeleitet, wonach dem Entschädigungsanspruch einer versicherten Person die beibehaltene arbeitgeberähnliche Stellung dann nicht mehr entgegensteht, wenn die versicherte Person in analoger Anwendung von Art. 37 Abs. 4 lit. a AVIV während mindestens sechs Monaten in einem Drittbetrieb angestellt war (SVR 2004 ALV Nr. 15 S. 47 Erw. 2.3.1 und Erw. 2.3.2). Ferner hat es diese Lösung kurz darauf in einem weiteren Urteil mit dem Hinweis auf das - selber als Grundsatzurteil bezeichnete - Urteil vom 31. März 2004 bestätigt und hat wiederum auf die analoge Anwendbarkeit von Art. 37 Abs. 4 lit. a AVIV hingewiesen (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen T. vom 15. April 2004, C 245/03, Erw. 3). Damit hat diese Lösung gegenüber derjenigen des seco den Vorrang. Daran ändert nichts, dass die Beitragszeit in der früheren Fassung von Art. 13 Abs. 1 AVIG, wie sie in den vom Eidgenössischen Versicherungsgericht beurteilten Fällen massgebend und bis Ende Juni 2003 in Kraft war, erst sechs Monate betragen hatte und somit identisch war mit der Zeitdauer, die in Art. 37 Abs. 4 lit. a AVIV für die Neufestsetzung des versicherten Verdienstes statuiert ist. Denn das Eidgenössische Versicherungsgericht hat sich in seiner Argumentation ausdrücklich auf diese letztere Bestimmung gestützt, und diese hat seither keine Änderung erfahren.

1.3.3 Damit ist der generelle Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung zu Unrecht bereits deshalb verneint worden, weil er in der Y. GmbH nach wie vor eine arbeitgeberähnliche Stellung hat. Der Einspracheentscheid vom 3. Juni 2005 betreffend die generelle Anspruchsverneinung ist daher mit dieser Feststellung aufzuheben. Der Anspruch des Beschwerdeführers hängt aber davon ab, ob die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 ff. AVIG gegeben sind, und insbesondere davon, ob der Beschwerdeführer die Beitragszeit nach Art. 13 Abs. 1 AVIG erfüllt hat (was eine Tätigkeit als beitragspflichtiger Arbeitnehmer während zwölf Monaten voraussetzt, wobei die Arbeitnehmereigenschaft in Bezug auf die Tätigkeit bei der Y. GmbH noch genauer zu klären ist) und ob er im Sinne von Art. 15 Abs. 1 AVIG tatsächlich bereit ist, eine unselbständige Arbeitnehmertätigkeit anzunehmen (vgl. Art. 15 Abs. 1 AVIG). Die Beschwerdegegnerin wird die nötigen Abklärungen hierzu zu treffen haben.

Der Einspracheentscheid vom 3. Juni 2005 betreffend die generelle Anspruchsverneinung ist demnach mit der Feststellung aufzuheben, dass der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu Unrecht wegen arbeitgeberähnlicher Stellung des Beschwerdeführers verneint worden ist, und die Sache ist zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen und zum anschliessenden neuen Entscheid über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. In diesem Sinne ist die Beschwerde gegen diesen Einspracheentscheid gutzuheissen.

E. 2

2.1. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer zu Recht ab dem 25. Januar 2004 wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit für die Dauer von 34 Tagen in der Anspruchsberechtigung eingestellt hat.

2.2. Gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG ist eine versicherte Person in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie durch eigenes Verschulden arbeitslos geworden ist. Die Arbeitslosigkeit gilt nach Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIG unter anderem dann als selbstverschuldet, wenn die versicherte Person dem Arbeitgeber durch ihr Verhalten, insbesondere wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat. Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung gilt hier ab dem ersten Tag nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 45 Abs. 1 lit. a AVIV).

Die Dauer der Einstellung bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens. Sie beträgt je Einstellungsgrund 1 bis 15 Tage bei leichtem, 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden (Art. 30 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 45 Abs. 2 AVIV).

2.3. Die ehemalige Arbeitgeberin des Beschwerdeführers gab in ihrem Schreiben an die Beschwerdegegnerin vom 15. April 2005 an, dass der Beschwerdeführer sich nicht in jeder Hinsicht an die vereinbarte Einstellung der Aktivitäten der Y. ___ GmbH gehalten habe (Urk. 12/52 S. 1 und Urk. 12/51). Der Beschwerdeführer wies den Vorwurf, sich vertragswidrig verhalten zu haben, in der Stellungnahme vom 27. April 2005 und in der Einspracheschrift zwar von sich (vgl. Urk. 12/54 und Urk. 12/15 S. 1). Andererseits gab er aber doch an, er müsse die fristlose Kündigung nach Rücksprache mit seinem Anwalt akzeptieren (Urk. 12/54), und auch in der Beschwerdeschrift räumte er ein gewisses Verschulden an der fristlosen Kündigung ein und führte aus, dass er diesbezüglich eine Sanktion akzeptieren könnte (Urk. 1 S. 1). Eine wesentliche, vorwerfbare Beteiligung des Beschwerdeführers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Z. ___ erscheint damit als überwiegend wahrscheinlich im Sinne der sozialversicherungsrechtlichen Beweisanforderung, und die Einstellung in der Anspruchsberechtigung für die Dauer von 34 Tagen im untersten Bereich des schweren Verschuldens ist nicht zu beanstanden.

Die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 3. Juni 2005 betreffend Einstellung in der Anspruchsberechtigung ist damit abzuweisen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 3. Juni 2005 betreffend die generelle Anspruchsverneinung wird in dem Sinne gutgeheissen, dass dieser Entscheid mit der Feststellung aufgehoben wird, dass der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu Unrecht wegen arbeitgeberähnlicher Stellung des Beschwerdeführers verneint worden ist, und dass die Sache zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen und zum anschliessenden neuen Entscheid über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung an die Unia Arbeitslosenkasse zurückgewiesen wird.

Die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 3. Juni 2005 betreffend Einstellung in der Anspruchsberechtigung wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

