

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00386 vom 19. Oktober 2007

ZH Sozialversicherungsgericht, 2007-10-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2007.00386

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00386 du 19 octobre 2007

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00386 del 19 ottobre 2007

Erwägungen

E. 1

G.____, geboren 1952, war vom 1. April 2004 bis 31. Oktober 2006 bei der A.____ GmbH, C.____, als Geschäftsführer tätig (Urk. 6/12 Ziff. 2; Urk. 6/14), wobei er als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen war (Urk. 6/5). Am 30. März 2007 meldete sich der Versicherte zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 6/14) und stellte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. April 2007 (Urk. 6/1 Ziff. 2).

Mit Verfügung vom 6. Juli 2007 (Urk. 6/8 = Urk. 6/11) verneinte die Unia Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Kasse) einen Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung wegen arbeitgeberähnlicher Stellung im Betrieb. Dagegen erhob der Versicherte am 29. Juli 2007 Einsprache (Urk. 6/7), die die Kasse mit Entscheid vom 19. Oktober 2007 abwies (Urk. 6/2 = Urk. 2).

E. 1.1

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

E. 1.2

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 Unternehmensgeschicke 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.

E. 1.3

Nach höchststrichterlicher Rechtsprechung (BGE 123 V 234 ff.) kann Kurzarbeit nicht nur in einer Reduktion der Arbeitszeit bestehen, sondern auch darin, 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 rechtsprechungsgemäss als arbeitslos und kann somit unter den Voraussetzungen in Art. 8 ff. AVIG Arbeitslosenentschädigung beanspruchen. Behält sie jedoch nach der Entlassung 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).

E. 1.4

Nach der Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (heute: Bundesgericht) 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 es 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 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). Das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute: Bundesgericht) verneinte demgemäss den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung einer noch im Handelsregister eingetragenen Person mit massgeblicher Entscheidungsbefugnis,

namentlich eines noch im Handelsregister eingetragenen Verwaltungsrates einer AG, selbst dann, wenn die Gesellschaft stillgelegt ist und sich bereits im Stadium der Liquidation befindet. Auch in einem solchen Fall ist der Anspruch erst dann gegeben, wenn die arbeitgeberähnliche Person definitiv aus dem Betrieb ausgeschieden ist, was anhand von eindeutigen Kriterien wie insbesondere der Löschung der betreffenden Person im Handelsregister erwiesen sein muss (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen P. vom 20. April 2005, C 75/04, Erw. 3 mit Hinweisen; vgl. auch die Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen F. vom 10. Februar 2005, C 295/03, Erw. 3.2, und in Sachen L. vom 14. Juli 2004, C 19/04, Erw. 2.2, je mit Hinweisen).

2.Ä Ä Ä Ä Ä Ä

E. 2

Gegen den Einspracheentscheid vom 19. Oktober 2007 (Urk. 2) erhob der Versicherte am 16. November 2007 Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Bestätigung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung (Urk. 1). Mit Beschwerdeantwort vom 30. November 2007 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (Urk. 5). Am 23. Januar 2008 wurde der Schriftenwechsel geschlossen (Urk. 8).

Das Gericht zieht in Erwägung:

1.Ä Ä Ä Ä Ä Ä

E. 2.1

Streitig und zu präzisieren ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung.

E. 2.2

Die Beschwerdegegnerin machte geltend, der Beschwerdeführer habe am 1. Oktober 2007 nach wie vor eine Organstellung in der Firma A.____ GmbH inne gehabt. Es seien auch keine Unterlagen eingereicht worden, woraus ersichtlich gewesen wäre, dass der Beschwerdeführer die Löschung des Handelsregistereintrags beantragt hätte (Urk. 2 S. 2).

E. 2.3

Dem hielt der Beschwerdeführer entgegen, seine GmbH sei seit 31. Oktober 2006 nicht mehr aktiv, da sie weder über einen Sitz noch eine Lokalität verfüge. Weshalb die Löschung des Handelsregister-Eintrags zwischen zwei und zwölf Monaten dauere, sei ihm nicht bekannt (Urk. 1).

E. 3.1

Der Beschwerdeführer war im Zeitpunkt seiner Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung am 30. März 2007 (Urk. 6/14) trotz Kündigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Oktober 2006 (Urk. 6/12 Ziff. 10) immer noch als Gesellschafter und Geschäftsführer der A.____ GmbH mit einem Stammkapital von Fr. 10'000.-- und alleiniger Zeichnungsberechtigung im Handelsregister eingetragen. Die andere Gesellschafterin verfügte zwar ebenfalls über ein Stammkapital von Fr. 10'000.--, hingegen kam ihr weder eine Geschäftsführer-Stellung zu, noch besass sie eine Zeichnungsberechtigung (vgl. Urk. 6/10). Die Gesellschaft wurde am 5. Dezember

2007 in Anwendung von Art. 89 der Handelsregisterverordnung (HRegV) von Amtes wegen gelöscht, da sie über keine verwertbaren Aktiven mehr verfügte und kein begründetes Interesse an ihrer Aufrechterhaltung geltend gemacht wurde (Urk. 10).

E. 3.2

Die Doppelfunktion als Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH verleiht grundsätzlich dieselben Einflussmöglichkeiten auf die Geschicke der Unternehmung, wie sie das Verwaltungsratsmitglied einer AG hat (vgl. hierzu Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Bern 1998, Â§ 18 Rz 72 mit Hinweis auf Art. 814 Abs. 1 des Obligationenrechts [OR]; vgl. auch BGE 126 V 237 ff.). Die höchststrichterliche Rechtsprechung, wonach im Falle eines mitarbeitenden Verwaltungsratsmitglieds einer AG der Ausschlussgrund nach Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG allein aufgrund dieser Stellung gegeben ist und sich weitere Abklärungen zur internen betrieblichen Struktur erübrigen (vgl. BGE 122 V 273 Erw. 3), lässt sich daher auf diese Doppelfunktion innerhalb einer GmbH übertragen. Im Sinne dieser Rechtsprechung gilt der Beschwerdeführer deshalb als arbeitgeberähnliche Person.

E. 3.3

Von Seiten des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich wurde dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 9. März 2007 mitgeteilt, dass ein definitiver Verlustschein über die genannte Gesellschaft vorliege und er deshalb aufgefordert werde, innert dreissig Tagen ein begründetes Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung der Gesellschaft schriftlich mitzuteilen. Bei ungenutztem Ablauf dieser Frist werde die Firma von Amtes wegen gelöscht (Urk. 6/21). Dem Beschwerdeführer waren die Räumlichkeiten der B. Bar, an deren Adresse sich auch der Firmensitz befand (vgl. Urk. 6/5 in Verbindung mit Urk. 6/23), per 31. Oktober 2006 gekündigt worden (Urk. 6/23).

E. 3.4

Mit Urteil vom 3. April 2006 in Sachen H. (C 267/04) erwog das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute: Bundesgericht), dass das Ausscheiden einer arbeitgeberähnlichen Person aus der Firma endgültig sein müsse, damit sie Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe. Dieses Ausscheiden müsse anhand eindeutiger Kriterien gemessen werden können, die keinen Zweifel am definitiven Austritt aus der Firma übrig lassen. Die Rechtsprechung habe wiederholt darauf abgestellt, ob der Eintrag der betreffenden Person im Handelsregister gelöscht worden ist, denn erst mit der Löschung des Eintrags sei das Ausscheiden der arbeitgeberähnlichen Person aus der Firma für aussenstehende Dritte erkennbar. Als weiteres Kriterium für den Austritt aus der Firma wurde der Konkurs genannt, wobei zu beachten sei, dass auch arbeitgeberähnliche Personen, die als Liquidatoren eingesetzt werden, während der Liquidation in der Regel keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben (Erw. 4.2 mit Hinweisen).

E. 3.5

Das höchste Gericht erwog in dieser Entscheidung weiter, dass es im Falle einer Einstellung des Konkurses über die Gesellschaft mangels Aktiven es in der Regel nichts mehr zu liquidieren gebe. Zudem werde in solchen Fällen die Firma von Amtes wegen nach drei Monaten gelöscht (Art. 66 Abs. 2 HRegV). In casu habe angesichts der von Amtes wegen anstehenden Löschung der Gesellschaft im Handelsregister nichts Relevantes mehr

geschehen können. Insbesondere sei es kaum noch denkbar gewesen, dass der Versicherte sich wieder in seiner GmbH hätte einstellen und ein Einkommen erzielen können, weshalb kein Missbrauchsrisiko mehr bestanden habe (Erw. 4.3).

E. 3.6

Diese Überlegungen haben auch für den vorliegenden Fall zu gelten: Ab 31. Oktober 2006 verfiel die A. GmbH über keinen Firmensitz mehr; gleichzeitig wurde mangels Räumlichkeiten auch das an der gleichen Adresse domizilierte Geschäftslokal der B. Bar aufgelöst (Urk. 6/23). Der Beschwerdeführer wies denn einspracheweise auch darauf hin, dass seine Firma seit 31. Oktober 2006 keinen Sitz mehr habe und es deshalb nicht möglich sei, eine Aktivität auszuüben (Urk. 6/7). Nachdem ein definitiver Verlustschein (vgl. Urk. 6/21) vorlag, konnte auch nichts mehr liquidiert werden. In dieser Situation war eine Wiederaufnahme der Tätigkeit des Beschwerdeführers für und mit der GmbH nicht überwiegend wahrscheinlich, so dass kein Missbrauchsrisiko mehr angenommen werden musste. Dies umso mehr, als der Handelsregisterführer dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 9. März 2007 - also bereits bevor sich dieser am 30. März 2007 zur Arbeitsvermittlung anmeldete (Urk. 6/14) - die Löschung seiner Firma von Amtes wegen in Aussicht gestellt und darauf hingewiesen hatte, dass diese erfolge, sofern der Beschwerdeführer nicht innert dreissig Tagen ein begründetes Interesse an der Aufrechterhaltung der Gesellschaft geltend mache (Urk. 6/21). Der Beschwerdeführer war also nicht gehalten, ausdrücklich die Löschung der Gesellschaft zu verlangen, und hat dies denn auch nicht getan. Unter diesem Umstand kann ihm nicht entgegen gehalten werden, dass er noch bis zum 5. Dezember 2007, der Löschung der Gesellschaft, im Handelsregister eingetragen blieb. Vielmehr ist von einem Wegfall der arbeitgeberähnlichen Tätigkeit nach Ablauf der vom Handelsregisteramt angesetzten 30-tägigen Frist auszugehen, womit der Beschwerdeführer ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen (Art. 8 ff. AVIG) gegeben sind.

4.1.1.1.1

4.1.1.1.1 Das Gericht kann die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen, besonders wenn mit dem angefochtenen Entscheid nicht auf die Sache eingetreten oder der Sachverhalt ungenügend festgestellt wurde (§ 26 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer).

4.2.1.1.1 Das Schreiben des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich vom 9. März 2007 (Urk. 6/21) wurde als Lettre signature mit Rückschein versandt, wobei das Datum des Empfangs nicht aktenkundig ist. Die Beschwerdegegnerin wird abzuklären haben, wann genau die vom Handelsregisteramt gesetzte Frist zu laufen begann, um hernach unter Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen den genauen Zeitpunkt des Beginns der Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers zu ermitteln und über seinen Anspruch neu zu verfahren. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.

Das Gericht erkennt:

1.1.1.1.1 Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Einspracheentscheid vom 19. Oktober 2007 aufgehoben und die Sache an die Unia Arbeitslosenkasse zurückgewiesen wird, damit diese im Sinne der Erwägungen den Sachverhalt ergänzend abkläre und anschliessend über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung erneut verführe.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- G. _____

- Unia Arbeitslosenkasse

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: Vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

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