

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2008.00317 vom 27. Januar 2009

ZH Sozialversicherungsgericht, 2009-01-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2008.00317](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2008.00317)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2008.00317 du 27 janvier 2009

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2008.00317 del 27 gennaio 2009

## Erwägungen

### E. 3.1

Der Beschwerdeführer ist seit dem 14. November 2005 bis heute als alleiniger Verwaltungsrat der mittlerweile gelöschten Y.\_\_\_\_ AG im Handelsregister eingetragen (vgl. Urk. 12/1-2). Die Beschwerdegegnerin hat nach Lage der Akten nicht geprüft, inwiefern sich dieser Umstand auf eine allfällige Anspruchsberechtigung auswirkt. Es stellt sich zunächst die Frage, ob der Beschwerdeführer in dieser Funktion überhaupt eine unselbständige, beitragspflichtige Beschäftigung ausübt hat.

Von dieser Frage zu trennen ist diejenige nach dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlungen: Diesem kommt nicht der Sinn einer selbständigen Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung zu (BGE 131 V 444; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 25. April 2006 in Sachen N., C 284/05; Erw. 2.5; Urteil des Bundesgerichts vom 22. Februar 2008 in Sachen O., 8C\_245/2007, Erw. 5).

### E. 3.2

Dem Beschwerdeführer kam als alleinigem Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift (vgl. Urk. 12/2) massgebliche Entscheidungskompetenz zu. So unterzeichnete er auch die zuhanden der Arbeitslosenversicherung einzureichende Arbeitgeberbescheinigung selbst (vgl. Urk. 10/3) und verfügte gemäss eigener Angaben alleine über die Firmenkonten (vgl. Urk. 1). Fehlt es an einem Unterordnungsverhältnis zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer, so liegt zivilrechtlich betrachtet kein Arbeitsvertrag vor. Ungeachtet dessen ist nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung bei dieser Konstellation stets von einer unselbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen, deren Entschädigung als massgeblicher Lohn betrachtet wird (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen H. vom 3. April 2006, C 267/04, Erw. 4.4.2 - 4.5) und die dementsprechend als beitragspflichtige Beschäftigung gilt (vgl. auch das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen W. vom 13. Juni 2006; C 266/05; Erw. 2.4; sowie Urteil des Bundesgerichts 8C\_245/2007 vom 22. Februar 2008 in Sachen O.; Erw. 5).

### E. 3.3

Gestützt auf diese Praxis steht fest, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner Tätigkeit als Geschäftsführer und alleiniger Verwaltungsrat der Y.\_\_\_\_ AG eine beitragspflichtige Beschäftigung ausübt hat. Zu prüfen ist weiter, ob und wann der Beschwerdeführer seine arbeitgeberähnliche Stellung verloren hat: Versicherte in arbeitgeberähnlicher Stellung können nur dann Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erheben, wenn ihr Ausscheiden aus dem Betrieb endgültig ist. Dabei wird in der Regel darauf abgestellt, ob der Eintrag der betreffenden Person im

Handelsregister gelistet worden ist (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen H. vom 3. April 2006, C 267/04, Erw. 4.2).

### **E. 3.4**

Dass der Anspruch von arbeitgeberähnlichen Personen auf Arbeitslosenentschädigung eingeschränkt ist, ist auf eine analoge Anwendung der Regeln über die Kurzarbeitsentschädigung zurückzuführen: 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. 3.5**

Nach höchstgerichtlicher 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. 3.6

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 Aufhebung 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 hat 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 verneint, 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. das 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).

### E. 3.7

Der Beschwerdeführer blieb auch während der Liquidation der Gesellschaft im Handelsregister als alleiniger Verwaltungsrat eingetragen (vgl. Urk. 12/3 in Verbindung mit Urk. 12/1 S. 2). In diesem Zeitraum konnte rechtsprechungsgemäss noch kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung entstehen, da der Beschwerdeführer weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung bekleidete. Die Gesellschaft wurde erst am 14. Juli 2008, nach Abschluss des Konkursverfahrens beziehungsweise der Liquidation, im Handelsregister gelöscht (Urk. 12/1), so dass ein allfälliger Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung - sofern alle weiteren Voraussetzungen (Art. 8 Abs. 1 AVIG) gegeben sind - frühestens ab 14. Juli 2008 und nicht ab 10. April 2008 (Urk. 10/1/1 Ziff. 2) zu bejahen ist. Die erforderliche Dauer von mindestens 12 Monaten beitragspflichtiger Beschäftigung (Art. 13 Abs. 1 AVIG) ist sodann gegeben, war der Beschwerdeführer doch seit 14. November 2005 in der genannten Funktion für die Y. AG tätig. Dass er auch nach der Löschung der Y. AG als deren Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragen blieb, steht seinem Anspruch grundsätzlich nicht entgegen: Bei einer

geläufigen Firma ist ein Missbrauchsrisiko im vorstehend genannten Sinn nicht mehr anzunehmen (vgl. das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen W. vom 13. Juni 2006; C 266/05, Erw. 2.2.2).

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdegegnerin verneinte einzig aufgrund des fehlenden Nachweises eines Lohnflusses einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung und hielt fest, dass deshalb eine Berechnung des versicherten Verdienstes unmöglich sei (vgl. Urk. 2 S. 2). Dem Nachweis tatsächlicher Lohnzahlungen kommt aber, wie dargelegt, gerade nicht der Sinn einer selbständigen Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung zu, sondern derjenige eines bedeutsamen, in kritischen Fällen ausschlaggebenden Indizes für eine beitragspflichtige Beschäftigung (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 25. April 2006 in Sachen N., C 284/05; Erw. 2.5; Urteil des Bundesgerichts vom 22. Februar 2008 in Sachen O., 8C\_245/2007, Erw. 5). Vorliegend steht jedoch bereits fest, dass der Beschwerdeführer während mehr als zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (vgl. vorstehend Erw. 3.7). Der fehlende Nachweis des exakten Lohnes ist deshalb lediglich noch für die Festsetzung des massgebenden versicherten Verdienstes relevant, wobei sich eine mangelnde Bestimmbarkeit der exakten Lohnhöhe zu Ungunsten des Versicherten auswirken kann (Urteil des Bundesgerichts 8C\_245/2007 vom 22. Februar 2008 in Sachen O.; Erw. 5). Zumindest indizienhalber (Urteil des Bundesgerichts vom 131 V 444 Erw. 1.2 mit Hinweisen) vermögen die bei den Akten liegenden Salärblätter der Y. AG über monatliche Löhne in Höhe von Fr. 4'227.75 bis Fr. 6'106.75 (vgl. Urk. 10/4), der Auszug aus dem individuellen Konto des Versicherten (IK-Auszug; Urk. 10/5) sowie die Steuerrechnungen (Urk. 10/14) Aufschluss über die Höhe des Lohnes geben; der Sachverhalt ist jedoch diesbezüglich zu wenig abgeklärt.

#### **E. 4.2**

Die Sache ist daher an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie weitere Abklärungen zur Lohnhöhe vornehme, indem sie beispielsweise die Konkursakten, allfällige weitere Geschäftsakten sowie die Steuerklärung der Y. AG beizieht. Sodann wird sie, nach Prüfung der weiteren gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen, über die Höhe des Taggeldanspruchs des Beschwerdeführers neu zu befinden haben. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die bereits vorliegenden Zahlen (insbesondere die im IK-Auszug genannten) nicht ohne Weiteres unbeachtlich sind, handelt es sich dabei doch um weit unter dem maximal versicherten Verdienst liegende Beträge. Es ist deshalb nicht naheliegend, dass es sich dabei um missbräuchliche Angaben handelt.

Die Beschwerde ist in diesem Sinne gutzuheissen.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 26. September 2008 aufgehoben mit der Feststellung, dass der Beschwerdeführer, sofern die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, ab dem 14. Juli 2008 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

2. Die Sache wird an die Unia Arbeitslosenkasse zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen den Sachverhalt ergäuze und über den

Taggeldanspruch in masslicher Hinsicht neu verfähige.

3. Das Verfahren ist kostenlos.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. \_\_\_\_\_

- Unia Arbeitslosenkasse

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. 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.