

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2009.00250 vom 26. Februar 2010

ZH Sozialversicherungsgericht, 2010-02-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2009.00250

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2009.00250 du 26 février 2010

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2009.00250 del 26 febbraio 2010

Erwägungen

E. 1

1.1 Zu den gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehören unter anderem die Erfüllung der Beitragszeit (Art. 8 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG) und die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG).

1.2 Nach Art. 13 Abs. 1 AVIG hat die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während mindestens 12 Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat. Sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht, gilt für die Beitragszeit eine zweijährige Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 1 AVIG). Diese Beitragszeit wird für Versicherte, die den Wechsel zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit ohne Bezug von Leistungen vollzogen haben, um die Dauer der selbständigen Erwerbstätigkeit, höchstens jedoch um zwei Jahre verlängert (Art. 9a Abs. 2 AVIG). Von dieser Verlängerung der Rahmenfrist profitieren nicht nur Selbständigerwerbende, sondern auch arbeitgeberähnliche Personen (BGE 133 V 133).

Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist die arbeitslose Person vermittlungsfähig, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört demnach nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinn, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen (BGE 125 V 58 Erw. 6a, 123 V 216 Erw. 3, je mit Hinweis; ARV 2004 Nr. 2 S. 48 Erw. 1.2, S. 122 Erw. 2.1, S. 188 Erw. 2.2).

Abt eine versicherte Person während ihrer Arbeitslosigkeit eine selbständige Erwerbstätigkeit aus, ist die Vermittlungsfähigkeit nur solange gegeben, als die selbständige Erwerbstätigkeit ausserhalb der normalen Arbeitszeit ausgeübt werden kann. Dies ist nicht der Fall, wenn die Gegebenheiten dafür sprechen, dass die selbständige Erwerbstätigkeit ein derartiges Ausmass angenommen hat, dass sie nur noch zum kleinsten Teil ausserhalb der normalen Arbeitszeit bewältigt werden kann, die Ausübung einer Arbeitnehmertätigkeit zu den üblichen Zeiten somit ausgeschlossen scheint (ARV 1998 Nr. 32 S. 177 Erw. 4a, 1996/97 Nr. 36 S. 203 Erw. 3). Ohne Bedeutung ist dabei, welche Motive (Alter, Neigung, Beurteilung der Chancen usw.) diesem persönlichen Entscheid zugrunde lagen (BGE 112 V 329 Erw. 3c; ARV 1993/94 Nr. 30 S. 216 Erw. 3b). Mit der gesetzlichen Schadenminderungspflicht ist es zwar zu vereinbaren,

dass eine arbeitslose Person sich auch nach MÃ¶glichkeiten zum Aufbau einer selbstÃ¤ndigen TÃ¤tigkeit umsieht. Die Arbeitslosenversicherung bezweckt in einem derartigen Fall aber nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken. Dass in der Zeit vor beziehungsweise unmittelbar nach der Aufnahme einer GeschÃ¤ftstÃ¤tigkeit in der Regel kein oder nur ein geringes Einkommen erzielt werden kann, gehÃ¶rt typischerweise zu derartigen, nicht versicherten Risiken (ARV 2000 Nr. 5 S. 26 Erw. 2a, Nr. 37 S. 201 Erw. 3c, 1993 Nr. 30 S. 217 Erw. 3b 1. Absatz).

1.3ÃÃÃ GemÃ¤ss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben 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 kÃ¶nnen, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf KurzarbeitsentschÃ¤digung. Hinsichtlich des Anspruchs auf ArbeitslosenentschÃ¤digung findet sich in Art. 8 ff. AVIG keine der Regelung bei Kurzarbeit entsprechende Norm. Mit Bezug auf den Anspruch der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten arbeitgeberÃ¤hnlichen Personen auf ArbeitslosenentschÃ¤digung ist nach der Rechtsprechung indessen eine ÃberprÃ¼fung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbrÃ¤uchlichen Gesetzesumgehung mÃ¶glich, wobei verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden sind. Wird ein ArbeitsverhÃltnis eines Arbeitnehmers mit arbeitgeberÃ¤hnlicher Stellung gekÃ¼ndigt, kann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Entsprechendes gilt fÃ¼r den Fall, dass das Unternehmen zwar weiter besteht, der Arbeitnehmer aber mit der KÃ¼ndigung endgÃ¼ltig auch jene Eigenschaft verliert, deretwegen er bei Kurzarbeit auf Grund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf KurzarbeitsentschÃ¤digung ausgenommen wÃ¤re. Eine grundsÃ¤tzlich andere Situation liegt jedoch dann vor, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberÃ¤hnliche Stellung im Betrieb beibehÃlt und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann (BGE 123 V 237 f. Erw. 7b/bb).

E. 2

2.1ÃÃÃ Streitig und zu prÃ¼fen in materieller Hinsicht ist der Anspruch des BeschwerdefÃ¼hrers auf ArbeitslosenentschÃ¤digung ab Anspruchserhebung.

2.2ÃÃÃ Die Arbeitslosenkasse verneinte in der VerfÃ¼gung vom 7. November 2008 den geltend gemachten Anspruch mit der BegrÃ¼ndung, der BeschwerdefÃ¼hrer habe die fÃ¼r die AnspruchsbegrÃ¼ndung erforderliche beitragspflichtige BeschÃ¤ftigung von 12 Monaten innerhalb der hiefÃ¼r geltenden Rahmenfrist nicht nachweisen kÃ¶nnen (Urk. 8/5). Im Einspracheentscheid vom 17. September 2009 wich sie von dieser BegrÃ¼ndung ab und stellte sich auf den Standpunkt, der BeschwerdefÃ¼hrer sei nach wie vor als Inhaber der Einzelfirma F. ___ im Handelsregister eingetragen. Demzufolge habe er seine selbstÃ¤ndige ErwerbstÃ¤tigkeit nicht aufgegeben, was indessen Voraussetzung fÃ¼r den Anspruch auf ArbeitslosenentschÃ¤digung bilde (Urk. 2).

2.3ÃÃÃ GemÃ¤ss IK-Auszug sind Lohnzahlungen der Y. ___ bis 31. Dezember 2006 dargelegt (Urk. 8/66). Ab Februar 2007 war der BeschwerdefÃ¼hrer bei der SVA ZÃ¼rich, Ausgleichskasse, als selbstÃ¤ndig erwerbend im Haupterwerb angeschlossen (Urk. 3/4 = Urk. 8/19). Zwischen ihm als Inhaber der F. ___ und der Y. ___ bestand ein Beratungsvertrag (Vertrag vom 30. Januar 2007, Urk. 8/12). Die Qualifikation dieses

Vertrages ist strittig. Der Beschwerdeführer schliesst daraus auf ein Arbeitsverhältnis und erachtet daher die erforderliche Beitragszeit ohne Weiteres als erfüllt (Urk. 1 S. ff.). Als Folgerung daraus ersuchte er am 27. August 2009 die SVA, Ausgleichskasse, um rückwirkende Korrektur des AHV-rechtlichen Status vom Selbständig- zum Unselbständigerwerbenden ab 1. Februar 2007 (Urk. 3/3). Diesem Begehren wird die SVA, Ausgleichskasse, voraussichtlich nachkommen (vgl. Schreiben der SVA vom 9. November 2009, Urk. 11/1). Demgegenüber qualifizierte die Arbeitslosenkasse den Beratungsvertrag als Mandatsvertrag. Sie ging davon aus, der Beschwerdeführer habe sein Verhältnis zur Y. ___ ab dem 1. Februar 2007 neu geordnet und sei ab diesem Zeitpunkt selbständig erwerbend tätig gewesen (Urk. 2 S. 4).

Im Einspracheentscheid bejahte sie das Erfordernis der erfüllten Beitragszeit mit der Begründung, der Beschwerdeführer beanspruche ab 9. Juli 2008 Arbeitslosenentschädigung. Dementsprechend dauere die ordentliche zweijährige Rahmenfrist vom 9. Juli 2006 bis 8. Juli 2008. Diese Rahmenfrist sei gemäss Art. 9a Abs. 2 AVIG um die Dauer der selbständigen Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers, welche die Zeit vom 1. Februar 2007 bis zur Konkurseröffnung über die Y. ___ am 27. Juni 2008 und somit knapp 17 Monate umfasse, zu verlängern. Die Rahmenfrist für die Beitragszeit dauere somit vom 9. Februar 2005 bis zum 8. Juli 2008. Da der Beschwerdeführer unbestrittenemassen ab dem 2. Mai 1983 bei der Y. ___ angestellt gewesen sei, könne er die erforderlichen 12 Monate an beitragspflichtiger Beschäftigung während der genannten Rahmenfrist für die Beitragszeit nachweisen (Urk. 2 S. 4).

Bei dieser Argumentation übersieht die Arbeitslosenkasse, dass für die Verlängerung der Rahmenfrist nach Art. 9a Abs. 2 AVIG Voraussetzung ist, dass die selbständige Erwerbstätigkeit beziehungsweise die arbeitgeberähnliche Stellung definitiv aufgegeben worden ist (Nussbaumer, a.a.O., S. 2213, Rz 107). Der Beschwerdeführer übt die selbständige Erwerbstätigkeit, auf welche die Arbeitslosenkasse Bezug nimmt, nach wie vor aus. Aufgegeben infolge des Konkurses der Y. ___ hat er lediglich die arbeitgeberähnliche Stellung in dieser Unternehmung. Ob dieser Umstand ebenfalls zu einer Verlängerung der Rahmenfrist führen kann, ist fraglich. Art. 9a Abs. 2 AVIG spricht von einem Wechsel von einer unselbständigen zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und setzt mithin die Aufnahme dieser Tätigkeit beziehungsweise der arbeitgeberähnlichen Stellung voraus. Per 1. Februar 2007 änderte lediglich das AHV-rechtliche Statut des Beschwerdeführers, nicht jedoch seine arbeitgeberähnliche Stellung bei der Y. ___.

Indessen kann die Frage, ob der Beschwerdeführer die erforderliche Beitragszeit erfüllte, offen bleiben, zumal der strittige Anspruch sowieso zu verneinen ist, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt.

E. 2.4

2.4.1 Die Annahme der Arbeitslosenkasse im Einspracheentscheid, wonach die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit dem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung entgegensteht, trifft in dieser Absolutheit nicht zu. Indessen ist es so, dass andauernd selbständig erwerbende Personen in der Regel bereits von vornherein vom Arbeitslosentaggeldbezug ausgeschlossen sind (Urteil des Bundesgerichts in Sachen K. vom 9. Dezember 2009, 8C_662/2009, Erw. 5.1). Im Zusammenhang mit der

Prüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung selbständig Erwerbender gilt es einerseits den Aspekt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung und andererseits der Vermittlungsfähigkeit zu beachten.

Die Anwendung der Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234, wonach eine Überprüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung möglich sein muss, rechtfertigt sich gleichermassen bei selbständig Erwerbstitigen, welche sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmelden. Dabei ist massgebend, ob der Status des Selbständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten wird (Urteile des Bundesgerichts in Sachen K. vom 9. Dezember 2009, 8C_662/2009, Erw. 5.1, und in Sachen B. vom 5. Juni 2009, 8C_49/2009, Erw. 4.3).

Wichtiger Umstand hierbei ist, ob die Person das letzte Arbeitnehmersverhältnis selber gekündigt hat mit dem Ziel sich selbständig zu machen, oder unfreiwillig aus diesem ausgeschieden ist und durch die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit eine Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung zu vermeiden versuchte. Nur letzteres rechtfertigt es, die Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern unter dem Gesichtspunkt der Vermittlungsfähigkeit zu prüfen (Urteil des Bundesgerichts in Sachen K. vom 9. Dezember 2009, 8C_662/2009, Erw. 5.1 mit Hinweisen). Diese ist alsdann nur solange gegeben, als die selbständige Erwerbstätigkeit ausserhalb der normalen Arbeitszeit ausgeübt werden kann (Urteil des Bundesgerichts in Sachen K. vom 25. September 2009, 8C_79/2009, Erw. 4.1).

2.4.2 Der Beschwerdeführer bestreitet, eine selbständige Erwerbstätigkeit auszuüben. Dies insbesondere unter Hinweis, das Beschäftigungsverhältnis mit der Y. sei als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren (Urk. 1 S. 4 ff.). Dabei übersieht er, dass er nach dem Konkurs der Y. am 27. Juni 2008 in keinem Fall mehr mit dieser in einem Arbeitsverhältnis stehen kann und vorliegend der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 9. Juli 2008 im Streite steht. Soweit er geltend macht, er bemühe sich ernsthaft um eine Anstellung, die selbständige Erwerbstätigkeit sei für ihn keine Option (Urk. 1 S. 9), ist ihm entgegenzuhalten, dass er nach wie vor als Inhaber der Einzelfirma F. im Handelsregister eingetragen ist (Urk. 17/2). Ob er effektiv für die Firma eine Tätigkeit ausübt oder ein Einkommen erwirtschaftet, ist unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs unerheblich (Urteile des Bundesgerichts in Sachen M. vom 12. Januar 2007, C 277/05, Erw. 3.4, und in Sachen S. vom 27. August 2009, 8C_81/2009, Erw. 3.3).

Für die Zeit nach Aufnahme der Tätigkeit als Inhaber der Firma F. sind im IK-Auszug keine Lohnsummen für eine Arbeitnehmerschaft mehr aufgeführt (Urk. 8/66). In der Steuererklärung 2007 deklarierte der Beschwerdeführer einzig Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit. Dies im Gegensatz zur Steuererklärung 2006, in welcher er Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit angab (Urk. 8/16, Urk. 8/68-70). Diese Firma liess der Versicherte in einem Zeitpunkt im Handelsregister eintragen und damit mit einer öffentlichen Aussenwirkung versehen, als er immer noch in einem Arbeitsverhältnis zur Y. stand, mithin nicht aus deren Tätigkeitsbereich (unfreiwillig) ausgeschieden war. Dies weist stark darauf hin, dass er mit der Gründung der Einzelfirma F. eine dauernde Selbständigkeit anstrebte. Dies gilt umso mehr für die Zeit nach dem Konkurs der

Y.____, zumal damit die Möglichkeit einer Arbeitnehmertätigkeit entfiel und der Beschwerdeführer dennoch von einer Löschung der Einzelfirma absah, was nur bei beabsichtigter Aufrechterhaltung dieser Tätigkeit Sinn macht. Daran ändert nichts, dass diese selbständige Tätigkeit allenfalls lediglich im Nebenerwerb weitergeführt werden sollte (vgl. dazu Urk. 3/3 S. 3, Urk. 8/2 S. 6) und der Beschwerdeführer in Zeiten schlechter Auftragslage bereit und in der Lage war, eine Voll- und Teilzeitstelle anzunehmen (vgl. Urteil des Bundesgerichts in Sachen B. vom 5. Juni 2009, 8C_49/2009, Erw. 4.3.). Die F.____ verfolgt laut Handelsregister als Zweck die Unternehmensberatung insbesondere im Detailhandel, die Erstellung von Marketingkonzepten und deren Durchführung, die Schulung von Detailhandelsangestellten und Prüfungsabnahmen derselben, die Entwicklung in der Modebranche und der Handel aller Art (Urk. 17/2). Insofern hängt die Geschäftstätigkeit entgegen gegenteiliger Behauptung des Beschwerdeführers (vgl. Urk. 1 S. 7) nicht vom Bestehen der Y.____ ab. Als Inhaber der Firma F.____ konnte der Beschwerdeführer unter gegebenen wirtschaftlichen Voraussetzungen jederzeit das Geschäftsvolumen ausdehnen und sich damit ein entsprechendes Einkommen verschaffen. Dass er dazu offenbar momentan nicht im Stande ist, ist ein typisches Unternehmerrisiko, für welches die Arbeitslosenkasse nicht einzustehen hat.

Die Arbeitslosenkasse wies den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 31. Juli und 28. August 2008 darauf hin, dass ein allfälliger Eintrag von ihm im Handelsregister Auswirkungen auf seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben könne (Urk. 8/124, Urk. 8/125). Damit kam sie in rechtsgemäßer Weise der ihr obliegenden Aufklärungspflicht (Art. 27 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG) nach, auch wenn sie nicht konkret auf den Eintrag der Einzelfirma F.____ Bezug nahm. Selbst wenn eine Verletzung der Auskunftspflicht anzunehmen wäre (vgl. Urk. 1 S. 8), wäre sie als nicht kausal für das Verhalten des Beschwerdeführers und mithin als nicht relevant zu erachten (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen W. vom 16. Oktober 2006, C 85/06, Erw. 3.2 und 3.3), zumal der Beschwerdeführer die Löschung auch nicht vornahm, nachdem er mit Schreiben vom 15. Juli 2009 ganz konkret auf die Konsequenzen des Handelsregistereintrags aufmerksam gemacht worden war (Urk. 8/23).

Nach dem Gesagten ist in Anwendung der Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234 ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen. Demgemäss ist die Beschwerde abzuweisen. Ebenfalls ist das Sistierungsbegehren abzuweisen, nachdem rechtsprechungsgemäss darauf abgestellt wird, ob der Eintrag der betreffenden Person im Handelsregister gelöscht worden ist (ARV 2002 S. 185; Urteil des Bundesgerichts in Sachen M. vom 12. Januar 2007, C 277/05, Erw. 3.4) und das Beitragsstatut sich nur als zweitrangig erweist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist sodann dem Beschwerdeführer keine Prozessentschädigung, auch nicht für das vorinstanzliche Verfahren, zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

Das Gesuch um Sistierung des Verfahrens wird abgewiesen.

und erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- lic. iur. Kavan Samarasinghe
- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich
- 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.