

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00275 vom 25. Oktober 2010

ZH Sozialversicherungsgericht, 2010-10-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2010.00275](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2010.00275)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00275 du 25 octobre 2010

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00275 del 25 ottobre 2010

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Nach Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie bestimmte, in lit. a-d näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen. Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG 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. Eine gleichlautende Bestimmung besteht bezüglich des Anspruchs auf Insolvenzentschädigung (Art. 51 Abs. 2 AVIG).

1.2 Dem Wortlaut nach sind die Bestimmungen zwar auf eine Kurzarbeitsentschädigung zugeschnitten. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht indessen in BGE 123 V 234 ff. entschieden hat, lässt sich daraus nicht folgern, dass die in Art. 31 Abs. 3 AVIG genannten arbeitgeberähnlichen Personen in jedem Fall Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Ganzarbeitslosigkeit haben. Behält ein Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann er dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, verfährt er nach wie vor über die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Ein solches Vorgehen läuft auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient und in diesem Rahmen insbesondere dem Umstand Rechnung tragen will, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können.

Nach der Rechtsprechung sind - anders als bei der Kurzarbeitsentschädigung und der Insolvenzentschädigung - Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung, denen gekündigt worden ist, vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. So 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 weiter besteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch die arbeitgeberähnliche Stellung verliert (BGE 123 V 237 Erw. 7b/bb, ARV 2000 Nr. 14 S. 67 und Nr. 15 S. 72).

Die erwähnte Rechtsprechung will dabei nicht bloss dem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern bereits dem Risiko eines solchen begegnen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen H. vom 25. Januar 2006, C 255/05, und in Sachen F. vom 14. April 2003, C 92/02).

## E. 2

2.1 Streitig und zu präzisieren ist der Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 20. April 2010 bis zum Datum der angefochtenen Einspracheentscheide vom 5. August 2010, welche die zeitliche Grenze der richterlichen Überprüfungsbefugnis bilden (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, EVG, vom 28. Juli 2005 in Sachen E., C 94/05 Erw. 2).

2.2 Die Beschwerdegegnerin begründete ihre Entscheide damit, dass der Beschwerdeführer 1 aufgrund seiner Aktienmehrheit von 99 % nach wie vor in der Lage sei, die betrieblichen Entscheide weiterhin massgeblich zu beeinflussen oder den vorübergehend stillgelegten Betrieb jederzeit zu reaktivieren. Aus diesem Grund sei er bis zur definitiven Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister oder bis zum Verkauf seiner Beteiligung als Person in arbeitgeberähnlicher Stellung zu qualifizieren (vgl. Urk. 2/1 S. 3). Auch die Beschwerdeführerin 2 als mitarbeitende Ehegattin habe aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung ihres Ehegatten keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (vgl. Urk. 2/2 S. 3).

2.3 Dem hielten die Beschwerdeführerinnen entgegen, dass die Argumentation der Beschwerdegegnerin jeder praktischen Realität entbehre (Urk. 1 S. 3 Mitte). Für eine Aktiengesellschaft in dieser Situation gebe es faktisch keine Möglichkeit, die Unternehmung zu verkaufen (Urk. 1 S. 2 oben). Im übrigen könne auch der Verkauf eines Unternehmens jederzeit und ohne Fristen mit einfachem Kaufvertrag rückgängig gemacht werden. Bei Verkauf der Anteile werde das Missbrauchsrisiko also nicht gemindert. Demgegenüber werde durch die Beauftragung eines externen Liquidators mit Eintrag im Handelsregister nach aussen eine klare Willensbekundung zum Ausdruck gebracht (Urk. 1 S. 3 Mitte). Zudem hätten sie bewusst den Weg der Liquidation gewählt, um alle eingegangenen Verpflichtungen honorieren zu können. Dafür würden sie nun bestraft, da sie aufgrund der Haltung der Beschwerdegegnerin hätten Konkurs anmelden müssen (Urk. 1 S. 3 oben). Der Prozess der Liquidation dauere sechs bis zwölf Monate und könne nur sehr bedingt beschleunigt werden (Urk. 1 S. 2 unten).

## E. 3

3.1 Bis zum Liquidationsbeschluss hatte der Beschwerdeführer 1 in der Funktion als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift und Mehrheitsaktion der Z. \_\_\_ AG klarerweise gemäss der erwähnten Rechtsprechung (vgl. Erw. 1) eine arbeitgeberähnliche Stellung inne und war somit nicht anspruchsberechtigt. Dementsprechend hatte auch die Beschwerdeführerin 2 als mitarbeitende Ehefrau bis zu diesem Zeitpunkt keinen Leistungsanspruch.

3.2 Mit öffentlich beurkundetem Beschluss der Generalversammlung der Z. \_\_\_ AG vom 26. April 2010 wurde die Gesellschaft im Sinne von Art. 736 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht (OR) mit sofortiger Wirkung aufgelöst. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführer 1 als Mitglied des Verwaltungsrates abberufen und die B. \_\_\_ Treuhand GmbH, C. \_\_\_, als Liquidatorin der Gesellschaft ernannt (Urk.

7/98). In der Folge wurden die Auflöfung der Gesellschaft sowie die Ernennung der Liquidatorin im Handelsregister eingetragen und der Beschwerdeführer 1 als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift im Handelsregister gelist (mit Publikationsdatum vom 5. Mai 2010, vgl. Urk. 7/37).

3.3 Die Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung muss nach der Rechtsprechung anhand eindeutiger Kriterien überprüfbar sein, welche keinen Zweifel am endgültigen Austritt aus der Firma offen lassen (Urteil des EVG vom 8. Juni 2004 in Sachen K., C 110/03). Mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses oder mit der Betriebsstilllegung allein ist über die Beendigung der arbeitgeberähnlichen Stellung noch nichts ausgesagt.

Der Eintrag im Handelsregister wird von der Rechtsprechung regelmässig als wichtiges und einfach zu handhabendes Kriterium berücksichtigt, um eine arbeitgeberähnliche Stellung zu beurteilen. Denn erst mit der Löschung des Eintrags ist nach aussen in der Dritte verlässlicher Weise kundgetan, dass die Person definitiv aus der Firma ausgetreten ist (vgl. erwähntes Urteil in Sachen K.).

Demgegenüber können auch Personen, die weder im Handelsregister eingetragen noch formell zeichnungsberechtigt sind, vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen sein. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat bereits mehrmals den Aktienbesitz als eines der in Betracht kommenden Kriterien für den Ausschluss vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erwähnt (vgl. Urteil des EVG vom 10. April 2006 in Sachen V., C 61/05).

Des Weiteren steht nach der Rechtsprechung fest, dass eine beschlossene oder angeordnete Liquidation kein taugliches Kriterium dafür ist, das Ausscheiden einer Person in arbeitgeberähnlicher Stellung zu belegen (Urteil des EVG in Sachen P. vom 20. April 2005, C 75/04). Denn die arbeitgeberähnlichen Personen bzw. die Gesellschaftsorgane behalten während der Liquidation ihre gesetzlichen und statutarischen Befugnisse bei, soweit diese zur Durchführung der Liquidation erforderlich sind und dem Liquidationszweck nicht widersprechen (vgl. Art. 739 Abs. 2 OR). In dieser Zeit haben sie damit weiterhin massgebenden Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft und können unter anderem die Weiterführung des Geschäfts beschliessen.

3.4 Vorliegend wurde der Beschwerdeführer 1 zwar als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift im Handelsregister gelist, er besitzt aber weiterhin 99 % des Aktienkapitals und ist damit finanziell in erheblichem Ausmass am Betrieb beteiligt. Aufgrund dieser Aktienmehrheit ist er auch nach dem Beschluss über die Liquidation der Gesellschaft weiterhin in der Lage, die betrieblichen Entscheidungen massgeblich zu beeinflussen. Wie die Beschwerdegegnerin zurecht festhielt (vgl. Urk. 2/1 S. 3), kann er gemäss Art. 699 Abs. 1 OR jederzeit die Einberufung einer Generalversammlung verlangen. Zusammen mit der Beschwerdeführerin 2, welche die restlichen 1 % des Aktienkapitals besitzt, ist es dem Beschwerdeführer 1 sogar möglich, eine Generalversammlung ohne Einhaltung der für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften abzuhalten und darin über alle Gegenstände gültig Beschluss zu fassen, zu welchen die Generalversammlung befugt ist (Universalversammlung, vgl. Art. 701 OR). So oder anders kann der Beschwerdeführer 1 die von der Generalversammlung

ernannte Liquidatorin gemäss Art. 741 Abs. 1 OR jederzeit abberufen und verfügt damit über die Macht, seine Anordnungen auch während der Liquidationsphase durchzusetzen. Außerdem hat der Beschwerdeführer 1 grundsätzlich jederzeit die Möglichkeit, sich selber seine frühere Stellung als Verwaltungsrat wieder einzunehmen. Damit hat er diejenigen Eigenschaften, welche ihn zur arbeitgeberähnlichen Person machen, nicht aufgegeben.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Soweit die Beschwerdeführenden geltend machten, sie hätten periodische Testate einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zur Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit vorgeschlagen (Urk. 1 S. 2), ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234 nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits das Risiko eines solchen, welches der Auszahlung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist, verhindern will (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_647/2010 vom 6. September 2010). Ein konkreter Missbrauch muss demgemäss nicht vorliegen, weshalb von einer Prüfung der konkreten Umstände abgesehen werden konnte.

3.5 Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer 1 seine arbeitgeberähnliche Stellung als Mehrheitsaktionär auch nach dem Beschluss der Generalversammlung über die Auflösung der Gesellschaft vom 26. April 2010 beibehalten hat. Somit haben weder er noch die Beschwerdeführerin 2 als mitarbeitende Ehefrau einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die angefochtenen Einspracheentscheide vom 5. August 2010 erweisen sich damit als korrekt. Demnach ist die Beschwerde abzuweisen.

Das Gericht erkennt:

1. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Das Verfahren ist kostenlos.
3. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. \_\_\_\_

- Y. \_\_\_\_

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich

- Staatssekretariat für Wirtschaft seco

- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

4. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä 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).

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

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines

Vertreter 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.