

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00363 vom 15. Oktober 2010**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2010-10-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2010.00363](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2010.00363)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00363 du 15 octobre 2010

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2010.00363 del 15 ottobre 2010

## **Volltext**

AL.2010.00363

Sozialversicherungsgericht

des Kantons Zürich

III. Kammer

Sozialversicherungsrichterin Heine, Vorsitzende

Sozialversicherungsrichterin Annaheim

Ersatzrichterin Condamin

Gerichtsschreiberin Meier-Wiesner

Urteil vom 30. März 2011

in Sachen

X.\_\_\_\_

Beschwerdeführerin

gegen

Unia Arbeitslosenkasse

Pumpwerkstrasse 15,

Beschwerdegegnerin

Nachdem die Unia Arbeitslosenkasse den Anspruch von X.\_\_\_\_ auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. April 2010 mit Verfügung vom 16. September 2010 - unter Hinweis auf die Stellung der Versicherten als im Unternehmen des Ehemanns mitarbeitende Ehefrau - verneint (Urk. 6/11) und die dagegen erhobene Einsprache (Urk. 6/10) mit Entscheid vom 15. Oktober 2010 abgewiesen hat (Urk. 2),

nach Einsicht in die vom 13. Oktober 2010 datierte, am 16. November 2010 der Post aufgegebene Beschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids und Zusprechung von Arbeitslosenentschädigung spätestens ab 1. September 2010 beantragt hat (Urk. 1), in die auf Abweisung der Beschwerde schliessende Beschwerdeantwort des Beschwerdegegners vom 24. November 2010 (Urk. 5), in die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 13. Dezember 2010 (Urk. 9) sowie in die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 18. Januar 2011 (Urk. 13);

in Erwägung, dass

laut Art. 31 Abs. 1 AVIG Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben, wenn sie bestimmte, in lit. a - d näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen, wobei Kurzarbeit unter anderem voraussetzt, dass der Arbeitnehmer einen Arbeitsausfall erleidet (Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG), welcher - um anrechenbar zu sein - seinerseits gewisse Voraussetzungen erfüllen muss (Art. 32 f. 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 ebenfalls keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG),

für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung im Sinne der Art. 8 ff. AVIG zwar keine analoge Norm des auf Kurzarbeitsfälle zugeschnittenen Art. 31 Abs. 3 AVIG besteht, welcher die Anspruchsberechtigung von bestimmten Personengruppen verneinen würde, sich daraus indes nach der Rechtsprechung des vormaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG; heute Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung) nicht folgern lässt, dass die in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten arbeitgeberähnlichen Personen in jedem Fall Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Ganzarbeitslosigkeit hätten, denn in der Botschaft werde bloss festgehalten, dass solche Personen gegebenenfalls anspruchsberechtigt sein "können" (vgl. BBI 1980 III 591 f.); mit dieser Formulierung werde ansatzweise zum Ausdruck gebracht, dass bei Ganzarbeitslosigkeit von Arbeitnehmern mit arbeitgeberähnlicher Stellung verschiedene Fallkonstellationen unterschieden werden müssten, insbesondere verbleibe die Möglichkeit einer Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung (BGE 123 V 236 Erw. 7),

das damalige EVG anhand dieser Kriterien zum Schluss kam, es könne bei Entstehen von Arbeitslosigkeit einer arbeitgeberähnlichen Person dann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen werde und das Ausscheiden des betreffenden Mitarbeiters mithin definitiv sei und entsprechendes für den Fall gelte, dass das Unternehmen zwar weiterbestehe, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliere, deretwegen er bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre, hingegen eine grundsätzlich andere Situation vorliege, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehalte und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen könne,

falls die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen, erhalten werde, ein solches Vorgehen auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinauslaufe, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung diene und die insbesondere dem Umstand Rechnung tragen wolle, dass der Arbeitsausfall arbeitgeberähnlicher Personen praktisch unkontrollierbar sei, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen könnten (BGE 123 V 238 Erw. 7b/bb, ARV 2000 Nr. 14 S. 67, ARV 2000 Nr. 15 S. 72),

Gleiches für den Ehegatten einer arbeitgeberähnlichen Person gilt, falls diese nach dessen Entlassung ihre (arbeitgeberähnliche) Stellung im Betrieb beibehalte, dadurch die

Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen und allenfalls den Ehegatten bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einstellen könne (vgl. Urteile des damaligen EVG vom 7. Dezember 2004, C 150/04, Erw. 2, vom 23. Februar 2004, C 249/03, Erw. 2, vom 11. August 2003, C 30/03, Erw. 2),

für die Beurteilung der Gesetzmässigkeit des angefochtenen Einspracheentscheides für das Sozialversicherungsgericht in der Regel der Sachverhalt massgebend ist, der zur Zeit des Erlasses des angefochtenen Verwaltungsaktes gegeben war, womit Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, im Normalfall Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung bilden sollen (BGE 130 V 140 Erw. 2.1 mit Hinweis); sie können indessen, unter Wahrung des rechtlichen Gehörs, berücksichtigt werden, wenn sie kurze Zeit nach dem Erlass des angefochtenen Entscheids eingetreten sind, sich ihre Beachtung aus prozessökonomischen Gründen unbedingt aufdrängt und sie hinreichend klar feststehen (BGE 105 V 161 f. Erw. 2d; ZAK 1984 S. 349 Erw. 1b), was der Fall ist, wenn sie mit dem Streitgegenstand in engem Sachzusammenhang stehen und geeignet sind, die Beurteilung im Zeitpunkt des Entscheiderlasses zu beeinflussen (BGE 99 V 102 Erw. 4 mit Hinweisen), in weiterer Erwägung, dass

streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin ab 1. April 2010 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat,

die Verwaltung der Beschwerdeführerin den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. April 2010 mit der Begründung absprach, ihr Ehegatte habe als Gesellschafter der Y.\_\_\_\_ eine Organstellung und damit eine arbeitsgeberähnliche Funktion inne (Urk. 2, Urk. 5, Urk. 6/11),

sich die Beschwerdeführerin demgegenüber im Wesentlichen auf den Standpunkt stellt, sie habe selber nie irgendwelche Entscheidungsbefugnisse in der inaktiven Y.\_\_\_\_ gehabt, ihr Ehemann sei am 30. Oktober 2010 als Geschäftsführer zurückgetreten, was anschliessend dem Handelregisteramt gemeldet worden sei, ausserdem sei ein Begehren um Konkurseröffnung über die Firma hängig (Urk. 1),

die Beschwerdeführerin gemäss Angaben der Arbeitgeberin vom 18. März 2008 bis 31. August 2010 als Sachbearbeiterin für die Y.\_\_\_\_ gearbeitet hat (Urk. 6/19, vgl. auch Urk. 6/22-23),

der Ehemann der Beschwerdeführerin während dieser Zeit als einziger zeichnungsberechtigter Gesellschafter der Y.\_\_\_\_ mit einer Stammeinlage von Fr. 19'000.-- bei einem Stammkapital von Fr. 20'000.-- im Handelsregister eingetragen war und die Geschäfte der Gesellschaft führte (Urk. 6/1),

er mit Tagebuch-Eintrag vom 26. August 2010 den Stammanteil von Fr. 1'000.-- des zweiten ausscheidenden Gesellschafters übernahm und dadurch einziger an der Gesellschaft finanziell Beteiligter wurde (Urk. 6/1),

er damit zunächst als einziger zeichnungsberechtigter Geschäftsführer und danach aufgrund seiner finanziellen Beteiligung als einziger Gesellschafter die Entscheidungen der Y.\_\_\_\_ bestimmen beziehungsweise massgeblich beeinflussen konnte und dadurch eine arbeitsgeberähnliche Stellung inne hatte,

darin auch die Löschung seiner Zeichnungsberechtigung mit Tagebuch-Eintrag vom 18. November 2010 (Urk. 6/1) nichts zu ändern vermochte, denn es wäre ihm - solange er die

Geschicke des Betriebs bestimmen konnte, aus dem Betrieb also nicht definitiv ausgeschieden war - nach wie vor möglich gewesen, den Betrieb zu reaktivieren, die Beschwerdeführerin wieder einzustellen und ihre Arbeitslosigkeit nach Belieben zu verlängern oder zu verkürzen,

er dies tatsächlich beabsichtigte, insofern keine Rolle spielt, als die Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234 nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen will, sondern bereits dem Risiko eines solchen, welches der Auszahlung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (vgl. Urteil des damaligen EVG vom 16. Juni 2004, C 210/03, Erw. 2 mit Hinweis),

der anrechenbare Arbeitsausfall der Beschwerdeführerin unter diesen Umstände im Zeitpunkt ihrer Entlassung schwer kontrollierbar ist,

der Konkursrichter des Bezirksgerichts Z.\_\_\_\_ mit Verfügung vom 30. November 2010 über die Akar Group Gmbh den Konkurs eröffnet hat (Urk. 10/3),

diese neue, mit dem Streitgegenstand in engem Sachzusammenhang stehende Tatsache zwar erst nach Erlass des Einspracheentscheides (15. Oktober 2010) eingetreten ist, jedoch geeignet ist, die Beurteilung der Anspruchsberechtigung der Beschwerdeführerin zu beeinflussen, womit sich deren Beachtung nach Einräumung des rechtlichen Gehörs (Urk. 9 und Urk. 13) aus prozessökonomischen Gründen aufdrängt,

der Ehemann der Beschwerdeführerin nach der Eröffnung des Konkurses über die Y.\_\_\_\_ am 30. November 2010 zwar in arbeitgeberähnlicher Stellung in der erwähnten Firma verblieb, die Befugnisse der Gesellschaftsorgane nach Eröffnung des Konkurses jedoch eingeschränkt werden, denn die Liquidation wird von der Konkursverwaltung durchgeführt, und die Organe behalten ihre Vertretungsbefugnis nur, soweit sie notwendig ist (Art. 740 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 821a Abs. 1 des Obligationenrechts),

indem das zuständige Konkursamt das Konkursverfahren zu Ende führt, keine Befugnisse des Konkursamts auf den Ehemann der Beschwerdeführerin zurückfallen können, womit kein Risiko eines Missbrauchs der arbeitgeberähnlichen Stellung mehr besteht (vgl. Urteil des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 2. Juni 2006, C 324/05, Erw. 4; vgl. ferner die Urteile des Bundesgerichts vom 4. November 2010, 8C\_378/2010 Erw. 3.3 sowie vom 27. April 2009, 8C\_989/2008 Erw. 3.2),

aus diesem Grund der angefochtene Einspracheentscheid vom 15. Oktober 2010 aufzuheben und festzustellen ist, dass die Beschwerdeführerin ab der Konkurseröffnung über die Y.\_\_\_\_ am 30. November 2010 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind,

der Beschwerdeführerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist, da ihr Arbeitsaufwand und ihre Umtriebe im vorliegenden Verfahren nicht den Rahmen dessen überschritten, was der Einzelne zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung seiner persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat, und allfällige Auslagen für Beratungen durch nicht im Verfahren als Vertreter auftretende, sachkundige Personen nicht zu entschädigen sind,

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Unia Arbeitslosenkasse vom 15. Oktober 2010 aufgehoben, und es wird festgestellt, dass die

Beschwerdeführerin ab 30. November 2010 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Der Beschwerdeführerin wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
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.