

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00279

## vom 30. Januar 2012

ZH Sozialversicherungsgericht, 2012-01-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2011.00279](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2011.00279)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00279 du 30 janvier 2012

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2011.00279 del 30 gennaio 2012

### Erwägungen

#### E. 1

1.1 Die Beschwerdeführerin bringt zur Verneinung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung im Wesentlichen vor, die Beschwerdeführerin sei vom 1. Juli 2005 bis zum 31. Juli 2011 für den Y. \_\_\_\_, Z. \_\_\_\_ als Geschäftsführerin tätig gewesen, wobei ihr Ehemann als Inhaber dieses Einzelunternehmens im Handelsregister eingetragen sei. Die Beschwerdeführerin habe als ehemalige Angestellte und Ehefrau des weiterhin im Handelsregister eingetragenen Inhabers des Y. \_\_\_\_, Z. \_\_\_\_ grundsätzlich keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Die Beschwerdeführerin sei im Übrigen selber bis zum 21. November 2011 als Einzelzeichnungsberechtigte bei der Y. \_\_\_\_, Z. \_\_\_\_ im Handelsregister eingetragen gewesen (Urk. 2 und 7).

1.2 Die Beschwerdeführerin wendet hiergegen im Wesentlichen ein, per 1. August 2011 habe ihr Ehemann den Gastro-Betrieb vollständig verkauft. Der neue Inhaber, Herr A. \_\_\_\_, führe den Betrieb mit der Marke Y. \_\_\_\_ weiter. Im Handelsregister sei Herr A. \_\_\_\_ als Einzelunternehmer A. \_\_\_\_ eingetragen. Der Eintrag sei am 23. Juni 2011 im Hinblick auf die Übernahme des Betriebs A. \_\_\_\_ erfolgt. Ihr Ehemann habe sämtlichen Angestellten gekündigt. Der neue Inhaber habe ausser ihr selber sämtliche Mitarbeiter übernommen. Das Gastrounternehmen befinde sich am bisherigen Standort. Herr A. \_\_\_\_ sei nun Mieter und somit Besitzer der Räumlichkeiten. Ihr Ehemann sei nur noch als selbständiger Berater für die Y. \_\_\_\_ GmbH und für andere Y. \_\_\_\_ Filialen tätig, dies ohne selber einen Gastrobetrieb zu führen. Diese Berater Tätigkeit habe nichts mit ihrer bisherigen Tätigkeit zu tun. Sie und ihr Ehemann seien auch in keiner Weise am Einzelunternehmen von Herrn A. \_\_\_\_ beteiligt und hätten keinerlei Entscheidbefugnisse. Dem Franchisevertrag sei zu entnehmen, dass Herr A. \_\_\_\_ den A. \_\_\_\_ übernommen habe. Im Handelsregister sei Herr A. \_\_\_\_ allerdings weiterhin als A. \_\_\_\_ eingetragen. Grund dafür sei, dass die Marken-Inhaberin A. \_\_\_\_ GmbH es seit einigen Jahren nicht mehr akzeptiere, dass sich die Franchisenehmer mit der Franchisemarke im Handelsregister eintragen liessen. Es gelte zudem zu beachten, dass der Handelsregistereintrag bei Einzelunternehmen nur deklaratorische Wirkung habe. Die Einzelfirma ihres Ehemanns würde daher auch weiterbestehen, wenn er den Eintrag gelöscht hätte. Es wäre ihm also gar nicht möglich gewesen, sich rechtlich von der Einzelfirma zu trennen (Urk. 1).

#### E. 2

2.1 Gemäss 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 der genannten Bestimmung näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen. Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben laut 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. Ein entsprechender Ausschluss von der Anspruchsberechtigung besteht für die genannten Personen - gestützt auf Art. 51 Abs. 2 AVIG - auch im Bereich der Insolvenzenschädigung.

2.2 Anders als bei der Kurzarbeitsentschädigung und der Insolvenzenschädigung sind Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Stellung, denen gekündigt wurde, nach der Rechtsprechung vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Vielmehr ist der konkrete Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung und der Vermittlungsfähigkeit näher zu prüfen, wobei praxisgemäss nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden kann, 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. Eine grundsätzlich andere Situation liegt vor, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann. Er behält damit 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 von 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 und massgeblich beeinflussen können (BGE 123 V 234 E. 7b/bb, ARV 2000 Nr. 14 S. 67 und Nr. 15 S. 72).

2.3 Diese Rechtsprechung ist in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. b AVIG auch auf die mitarbeitende Ehegattin des Arbeitgebers anzuwenden, der aufgrund ihrer Teilnahme an der unternehmerischen Dispositionsfähigkeit eine arbeitgeberähnliche Stellung zukommt (vgl. Urteil des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 30. April 2001, C 199/00 und C 200/00 E. 2). 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 und deren Ehegatten inhärent ist (vgl. Urteile des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 14. April 2003, C 92/02 E. 4, und vom 7. Juni 2004, C 277/03 E. 2; vgl. auch Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, 2. Auflage, Basel 2007, S. 2263 Rz. 275 und S. 2315 Rz. 460 ff.).

3. Der Ehemann der Beschwerdeführerin war als Inhaber des Einzelunternehmens Y., Z. im Handelsregister eingetragen und betrieb einen Pizza-Kurier-Dienst. Die Beschwerdeführerin arbeitete hierbei bis am 31. Juli 2011 als

Geschäftsführerin mit. Mit Vertrag vom 26. Juli 2011 verkaufte der Ehemann der Beschwerdeführerin den Betrieb des Pizza-Kurierdienstes an A.\_\_\_\_ (Urk. 8/60). Da der Ehemann der Beschwerdeführerin nach dem Verkauf weiterhin als Inhaber des Einzelunternehmens Y.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_ im Handelsregister eingetragen war, ist die Beschwerdeführerin - wie oben dargelegt - analog Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Hieran ändert auch die Tatsache, dass der Ehegatte der Beschwerdeführerin seinen Betrieb verkaufte, nichts. Eine Zweckänderung des Unternehmens alleine hat nämlich keine Begründung einer Anspruchsberechtigung zu Folge. So besteht der Ausschluss von der Anspruchsberechtigung beispielsweise auch bei einer Liquidation einer Gesellschaft weiter, sofern der Gesellschafter als Liquidator tätig ist (Stauffer/Kupfer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, 3. Auflage, Zürich, 2008, S. 184 f. mit Hinweisen). In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass der eigentliche Pizza-Kurier-Dienst zwar veräussert wurde, im Handelsregister aber erst im November 2011 eine Änderung des Zwecks angeführt wurde, also zu einem Zeitpunkt, als sich die Beschwerdeführerin bereits wieder von der Arbeitsvermittlung abgemeldet hatte. Zudem kommt entscheidend hinzu, dass dem Verkaufsvertrag zwischen dem Ehemann der Beschwerdeführerin und Herrn A.\_\_\_\_ zu entnehmen ist, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin Herrn A.\_\_\_\_ auch nach dem Verkauf beratend zur Seite stehe, wobei dies zunächst unentgeltlich und dann zu einem Stundentarif von Fr. 75.-- zu erfolgen habe (Urk. 8/60). Die Y.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_ war also auch nach dem Verkauf weiterhin in einem sehr ähnlichen Bereich aktiv. Es bestand daher ohne Weiteres die Möglichkeit, dass die Beschwerdeführerin, welche überdies bis zum 21. November 2011 noch als Geschäftsführerin im Handelsregister eingetragen war, z. B. im Auftrag ihres Ehemannes beratende Tätigkeit ausführt. Es lag deshalb auch nach dem Verkauf des Betriebs zumindest das Risiko eines Missbrauchs vor.

4. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Nach dem Gesagten hat die Beschwerdegegnerin zu Recht einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Arbeitslosenentschädigung verneint. Die Beschwerde erweist sich demzufolge als unbegründet und ist 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 Ä Ä Zustellung gegen Empfangsschein an:
  - Rechtsanwalt Georg Engeli
  - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich
  - seco - Direktion für Arbeit
  - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

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).

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.