

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2013.00160

vom 30. November 2013

ZH Sozialversicherungsgericht, 2013-11-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2013.00160

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2013.00160 du 30 novembre 2013

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2013.00160 del 30 novembre 2013

Erwägungen

E. 1

2. Dezember 2012 (Urk. 9/67) ab 1. Juni 2008 als Compliance Officer und Geschäftsführer bei der Y.____ mit Sitz in Z.____ angestellt. Gleichzeitig war er als Präsident des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift Organ dieser Gesellschaft und hielt ein Paket von 45 der ins gesamt 100 Inhaberaktien der Y.____ (vgl. den Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich vom 25. Januar 2013 und den Aktienkauf vertrag vom 28. September 2012, Urk. 9/55-56 und Urk. 9/57-58). Am

16. Juli 2012 kündigte die Y.____ das Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten per Ende September 2012 (Urk. 9/75). Am 13. Dezember 2012 stellte der Versicherte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (Urk. 9/94-97).

Mit Verfügung vom 18. Dezember 2012 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich den Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung zufolge Bestehens einer arbeitgeberähnlichen Stellung (Urk. 9/60-61). Einsprache machte der Versicherte am 9. April 2013 geltend, er habe seine Aktienanteile in der Zwischenzeit verkauft und seine Funktion als Verwaltungsrat aufgegeben. Die entsprechende Eintragung im Handelsregister sei per 22. Januar 2013 gelöscht worden (Urk. 9/52-53). Auf die Einsprache trat die Arbeitslosenkasse zwar am 11. April 2013 wegen Nichteinhaltung der Einsprachefrist nicht ein (Urk. 9/50-51), prüfte in der Folge aber die Vorbringen des Versicherten, die dieser am 28. April 2013 ergänzte (vgl. Urk. 9/27-32, Urk. 9/49). Mit Verfügung vom 17. Mai 2013 verneinte sie einen Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 22. Januar 2013 wiederum mit dem Hinweis auf das Fortbestehen einer arbeitgeberähnlichen Stellung (Urk. 9/24-26). Die am 19. Mai 2013 dagegen erhobene Einsprache (Urk. 9/10-15) wies die Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 4. Juni 2013 ab (Urk. 2 = Urk. 9/4-7).

E. 1.1

Nach Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (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.

E. 1.2

Dem Wortlaut nach sind die Bestimmungen zwar auf eine Kurzarbeitsentschädigung zugeschnitten. Wie das Bundesgericht indessen in BGE 123 V 234 ff. entschieden hat, lässt

sich daraus nicht folgern, dass die in Art. 31 Abs.

E. 1.3

Eine besondere Situation mit erhöhter Missbrauchsgefahr liegt rechtsprechungs gemäss auch dann vor, wenn verschiedene Firmen ein Firmenkonglomerat bilden. Ein solches ist dann anzunehmen, wenn verschiedene in ihrer Geschäftstätigkeit vergleichbare Firmen eng verflochten sind und fast identisch zusammengesetzte Entscheidungsgremien aufweisen, so dass sie als ein einziges kompaktes Ganzes erscheinen. Versicherte, die von einem - Teil eines Firmenkonglomerats darstellenden - Erstbetrieb entlassen wurden, und welche gleichzeitig in einem zum gleichen Konglomerat gehörenden Drittbetrieb eine arbeitgeberähnliche Stellung innehaben, könnten sich bei Bedarf in einem anderen von der Geschäftstätigkeit her vergleichbaren Betrieb des Konglomerats wieder anstellen lassen. Aus diesem Grund gelten diese Personen auch in Bezug auf den Erstbetrieb als arbeitgeberähnliche Person. Bei Verlust der Anstellung im Erstbetrieb besteht daher kein Versicherungsschutz. Arbeitslosenversicherungsrechtlich wird ein Firmenkonglomerat daher nicht anders behandelt, als eine Firma, welche verschiedene Abteilungen und Betriebe hat (BJM 2003 S. 131, Urteile des Bundesgerichts C 376/99 vom 14. März 2001 E. 3 und C 21 9/02 vom 17. März 2003 E. 2.3). 2.

E. 2

Gegen diesen Einspracheentscheid erhob der Versicherte am 5. Juli 2013 Beschwerde mit dem Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu bejahen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Arbeitslosenkasse zurückzuweisen (Urk. 1). Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich beantragte in der Beschwerdeantwort vom 19. August 2013 die Abweisung der Beschwerde (Urk. 6).

Auf die Ausführungen der Parteien und die Akten, wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Unbestritten und durch die Akten belegt ist, dass der Beschwerdeführer nach erfolgter Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Y. ___ auch als deren Organ zurücktrat und seine Beteiligung an der Gesellschaft veräusserte. Der Verkauf der Aktien erfolgte am 28. September 2012 (Urk. 9/55-56) und seit dem 22. Januar 2013 kommt dem Beschwerdeführer gemäss beglaubigtem Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich vom 25. Januar 2013 keine Organfunktion mehr zu (Urk. 9/58, vgl. auch Urk. 3/25).

E. 2.2

Nach Auffassung der Beschwerdegegnerin kommt dem Beschwerdeführer gleichwohl eine arbeitgeberähnliche Stellung zu. Sie begründete dies damit, den Akten lasse sich entnehmen, dass sich der Beschwerdeführer nach wie vor für Kunden der früheren Arbeitgeberin - in der Schweiz domizilierte Gesellschaft - als Organ zur Verfügung stelle und somit nach wie vor Interessen der Y. ___ wahrnehme. Auch wenn die geschuldeten Entschädigungen nicht der Beschwerdeführer, sondern die Y. ___ einziehe, sei letztere in einem gewissen Grad auf das Handeln des Beschwerdeführers angewiesen. Sollte dieser seine Funktion als Verwaltungsrat der Kunden der Y. ___ aufgeben oder nicht mehr pflichtgemäss erfüllen, vermöge die Y. ___ ihre Pflichten gegenüber den Kunden nicht

mehr zu erfüllen. Der Beschwerdeführer könne demnach noch immer Einfluss auf die Willensbildung der Y.____ nehmen. Faktisch komme ihm daher weiterhin Organeigenschaft zu. Dass er keine Entschädigung für sein Handeln erhalte, ändere daran nichts. Das abstrakte Risiko einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme von Arbeitslosenentschädigung sei gegeben (Urk. 1 S. 2 f. Ziff. 2, Urk.

E. 2.3

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Kundschaft der Y.____

habe mehrheitlich aus ausländischen Vermögensverwaltern bestanden, die Dienstleistungen in Anspruch genommen hätten, um den Anforderungen der Eidgenössischen Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) zu genügen. Damit sollte das Unternehmen den Vorgaben der FINMA entsprochen haben, habe ihnen die Y.____ insbesondere in der Schweiz domizilierte Organe und Compliance Officers sowie eine Domiziladresse zur Verfügung gestellt. Das Verhältnis der Y.____ und der Kundenfirmen sei in Serviceverträgen geregelt gewesen. Für diverse Kundenfirmen sei er (der Beschwerdeführer) als Organ und Compliance Officer eingesetzt worden. Die genaue Stellung und die Kompetenzen seien in Treuhandverträgen, sogenannten Fiduciary Agreements, festgelegt worden. Tätig geworden sei er in den Kundenfirmen nur

nach Massgabe der Instruktionen der Inhaber. Eigenständige Handlungsbefugnisse habe er aufgrund dieser Verträge jeweils nur gehabt, sobald irgendwelche Gegebenheiten gegen die hiesige Rechtsordnung verstossen hätten. An keiner der Kundenfirmen sei er beteiligt gewesen. (Urk. 1 S. 5 ff. Ziff. 2 Rz 15-20).

Die Finanzkrise ab 2008 habe auch bei der

Y.____

zu erheblichen Verlusten geführt, was eine Reorganisation zur Folge gehabt habe. Seither betreue die Y.____ keine ausländischen Kundenfirmen mehr. Sie habe sich inzwischen auf Dienstleistungen im Bereich Treuhand und Geldwäscherei Compliance für schweizerische Unternehmen mit eigenen Verwaltungsräten spezialisiert. Die noch laufenden Mandate mit ausländischen Kundenfirmen habe er auch nach seinem Austritt aus dem Verwaltungsrat und dem Verkauf der Aktien weitergeführt. Mit den Honoraren dafür würden Schulden der Y.____ abgetragen. Für das Verbleiben als Verwaltungsrat in den Kundenfirmen habe er sich aus rechtlichen Gründen veranlasst gesehen. Die Eröffnung eines Konkurses über die Y.____ hätte für ihn als ehemaliges Organ voraussichtlich Schadenersatz-Verantwortlichkeitsklagen zur Folge gehabt und zu einem Verlust der Reputation von ihm und derjenigen der Y.____ geführt. Seit seinem Austritt bei der Y.____ übe er die Funktion als Organ der Kundenfirmen somit nur noch aus haftungs- und aufsichtsrechtlichen Gründen in dem Sinne aus, dass er dafür seinen Namen zur Verfügung stelle und Unterschriften leiste, wo dies nötig sei. Die effektiven Arbeiten im Zusammenhang mit der Erfüllung der Kundenverträge erledige nicht er, sondern verbliebene Mitarbeiter respektive Gesellschafter der Y.____ (Urk. 1 S. 7 ff. Ziff. 3 ff. Rz 21 ff.). 3.

E. 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 Insolvenzenschädigung - 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 E. 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 (Entscheidungen des Bundesgerichts C 255/05 vom 25. Januar 2006 und C 92/02 vom 14. April 2003).

E. 3.1

Der Sachverhalt, wonach der Beschwerdeführer auch nach seinem Austritt aus der Y.____

im Rahmen von bestehenden Kundenbeziehungen bei verschiedenen, in der Schweiz domizilierten Gesellschaften seine treuhänderisch ausgeübte Organfunktion beibehält,

ist sowohl unbestritten als auch belegt und im Übrigen durchaus nachvollziehbar.

Aktiengesellschaften in der Schweiz müssen nach Massgabe von Art. 718 Abs. 4 Obligationenrecht (OR) durch eine Person vertreten werden, die Wohnsitz in der Schweiz hat. Gemäss der eingereichten Aufstellung der Verwaltungsratsmandate des Beschwerdeführers handelt es sich - ausgenommen das im Januar 2013 aufgegebenes Mandat bei der Y.____ und ein weiteres im Februar 2013 aufgegebenes Mandat - um Verwaltungsratsmandate bei insgesamt fünf

in der Schweiz domizilierten Gesellschaften, die im Bereich Vermögens- und Finanzdienstleistungen tätig sind (A.____, B.____, C.____, D.____ und E.____; Urk. 3/10-14, Urk. 3/15 = Urk. 9/33, vgl. auch Urk. 9/38). Bei den Akten befinden sich ferner

die Treuhandvereinbarungen mit den verschiedenen Gesellschaften (Urk. 3/16-21, Urk. 9/34-37, Urk. 9/40-45).

E. 3.2

Die in den Treuhandverträgen verabredete Entschädigung für die Mandatstätigkeit (vgl. Urk. 3/16, Urk. 3/18-20) bezieht der Beschwerdeführer nach seiner Darstellung nicht selber, sondern diese steht uneingeschränkt der Y.____ zu. Auch dies ist unbestritten. Die Beschwerdegegnerin geht aber davon aus, dass die Y.____ trotz dieses Umstandes bis zu einem gewissen Grad auf das Handeln des Beschwerdeführers angewiesen sei, in dem sie ihre vertraglichen Abmachungen mit den Kunden nicht mehr erfüllen könnte, sollte der Beschwerdeführer seine Mandate als Verwaltungsrat bei den Kundengesellschaften aufgeben oder nicht mehr pflichtgemäss erfüllen

(vgl. Urk. 2 S. 3). Die Y.____ ist im Rahmen der mit dem Beschwerdeführer noch bestehenden Geschäftsbeziehung ohne Zweifel auf dessen Kooperation in Bezug auf die korrekte und vertragsgemässe treuhänderische Organtätigkeit angewiesen. Jedoch führt dies nicht dazu, dass dem Beschwerdeführer dadurch eine arbeitgeberähnliche Stellung zukäme. In Bezug auf die Y.____ ist ihm aufgrund seines Ausscheidens aus dem Verwaltungsrat und des Verkaufs seiner Aktienanteile rechtlich jede Einflussnahme auf die

Willensbildung der Gesellschaft verwehrt. Weder in Bezug auf eine allfällige Wiederanstellung noch in Bezug auf die Art und Weise der aktuellen Geschäftsbeziehung hat der Beschwerdeführer eine Möglichkeit, die Entscheidungen der Y.____ zu beeinflussen. Aufgrund der nicht widersprochenen Darstellung des Beschwerdeführers beschränkt sich seine Restfunktion im Rahmen der Erfüllung gewisser Kundenbeziehungen lediglich noch auf rein formelle Aspekte, insbesondere auf das Leisten nötiger Unterschriften, während die effektive Betreuung der Mandate den bei der Y.____ verbliebenden Gesellschaftern und Mitarbeitern obliegt. Bei dieser Sachlage kann auch nicht von einer faktischen Organstellung (materieller Organbegriff; BGE 123 III 225 E. 4b, BGE 128 III 29 E. 3c) ausgegangen werden.

E. 3.3

Zu prüfen ist, ob aufgrund der weiterhin bestehenden Organfunktion bei verschiedenen Kunden der Y.____ eine arbeitgeberähnliche Stellung zu bejahen ist. Als Organ in diesen Gesellschaften verfügt der Beschwerdeführer rein rechtlich über eine gewisse Handhabe, auf deren Willensbildung Einfluss zu nehmen. Von Bedeutung ist aber, dass die Organfunktion treuhänderisch ausgeübt wird und sich auf die Erbringung ganz bestimmter Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Erfüllung schweizerischer Vorschriften für Finanzdienstleister beschränkt (vgl. Urk. 3/16-21). Eine weitergehende Beziehung des Beschwerdeführers zu diesen Gesellschaften besteht nicht. Es ist somit nicht davon auszugehen, der Beschwerdeführer könnte sich aufgrund seiner

treuhänderischen Befugnisse in den betreffenden Gesellschaften

je nach Auftragslage eine Anstellung verschaffen respektive

diese zum Zwecke des Bezugs von Leistungen der Arbeitslosenversicherung auch wieder beenden. Auch eine Verflechtung der fraglichen Gesellschaften untereinander fehlt, die dem Beschwerdeführer im Sinne der Rechtsprechung zum Firmenkonglomerat (vgl. vorstehende Erw. 1.2) die Möglichkeit gäbe, sich beliebig zu entlassen und wieder einzustellen. (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 8C_143/2012 vom 19. September 2012, E. 4.3).

E. 3.4

Zusammenfassend ergibt sich, dass vom Zeitpunkt des Ausscheidens des Beschwerdeführers aus der Y.____ - die Löschung der Organfunktion im Handelsregister erfolgte per 22. Januar 2013 - keine arbeitgeberähnliche Stellung bestanden hat. Die Anspruchsberechtigung ab 22. Januar 2013 ist demnach zu bejahen. Vorbehalten bleibt die Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen, die in diesem Verfahren nicht Gegenstand der Prüfung bilden. 4.

Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer gestützt auf § 34 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) Anspruch auf eine Prozessentschädigung. Diese ist unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses auf Fr. 2'200.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) festzusetzen. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid Nr. 256 der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 4. Juni 2013 aufgehoben und es wird fest gestellt, dass der Beschwerdeführer ab 22. Januar 2013 keine arbeitgeberähnliche Stellung innehat und somit ab dann Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht, sofern er die übrigen

Anspruchsvoraussetzungen erfüllt. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessent -
schädigung von Fr. 2'200.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Rolf Schuler - Arbeitslosenkasse des
Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 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 Bundes
gesetzes 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 1 5. Juli bis und mit 1
5. August sowie vom 1 8. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzu
stellen.

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). Sozialversicherungsgericht des Kantons
Zürich Die Vorsitzende Der Gerichtsschreiber Grünig Wilhelm

E. 6

S. 2).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.