

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2013.00214 vom 27. Januar 2014

ZH Sozialversicherungsgericht, 2014-01-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2013.00214](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2013.00214)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2013.00214 du 27 janvier 2014

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2013.00214 del 27 gennaio 2014

## Erwägungen

### E. 1

) Taggelder aus (Urk. 8/34). Mit Verfügung vom 25. Juni 2013 verneinte das AWA einen Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 14. Dezember 2012 (Urk. 8/2). Die dagegen erhobene Einsprache vom 15. Juli 2013 (Urk. 8/24) wies es mit Entscheid vom 28. August 2013 ab (Urk. 2).

### E. 1.1

Laut 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 gemäss 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 können.

Dem Wortlaut nach sind diese Bestimmungen zwar auf Kurzarbeitsentschädigung zugeschnitten. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) indes in BGE 123 V 234 ff. entschieden hat, lässt sich daraus nicht folgern, dass die in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten arbeitgeberähnlichen Personen in jedem Fall Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Ganzarbeitslosigkeit haben. Insbesondere ein Arbeitnehmer, welcher nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält - und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann verfügt 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 (S. 237 f. E. 7b/ bb).

### E. 1.2

Die zu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ergangene Rechtsprechung bezweckt nicht nur die Vermeidung eines ausgewiesenen Missbrauchs, sondern will bereits dem Risiko eines solchen begegnen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (ARV 2003 S. 240). 2.

## **E. 2**

Hiergegen erhob X.\_\_\_\_ am 26. September 2013 Beschwerde mit den Anträgen, der angefochtene Einspracheentscheid sowie die zugrunde liegende Verfügung seien aufzuheben und der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, ihm die gesetzlichen Leistungen zu gewähren, insbesondere ab dem 14. Dezember 2012 Arbeitslosentaggelder auszurichten (Urk. 1). Mit dem Beschwerdeführer am 5. November 2013 zugestellter (Urk. 9) Beschwerdeantwort vom 30. Oktober 2013 schloss der Beschwerdegegner auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 7).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdegegner stellte sich zusammengefasst auf den Standpunkt, der Beschwerdeführer habe noch während der Kündigungsfrist mit A.\_\_\_\_ die B.\_\_\_\_ gegründet. Seit dem 26. Juli 2012 sei er als Mitglied des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien im Handelsregister eingetragen. Als Mitglied des Verwaltungsrates komme ihm von Gesetzes wegen eine massgebliche Entscheidungsbefugnis und damit eine arbeitgeberähnliche Funktion zu (Urk. 2).

### **E. 2.2**

Dem hielt der Beschwerdeführer im Wesentlichen entgegen, die B.\_\_\_\_ sei in seiner Abwesenheit gegründet worden, da A.\_\_\_\_ eine Vollmacht für die Geschäftsgründung gehabt habe. Er habe bei der B.\_\_\_\_ nie relevante Arbeitsleistungen erbracht. Bereits vor seiner Rückkehr aus C.\_\_\_\_ habe er A.\_\_\_\_ mitgeteilt, dass er wieder eine unselbständige Tätigkeit anstrebe. Da A.\_\_\_\_ über sämtliche Schlüssel und Passwörter im Zusammenhang mit den beiden Firmen verfüge und ihm diese nicht mehr zur Verfügung gestellt habe, sei es ihm ab Januar 2013 faktisch nicht möglich, geschäftliche Aktivitäten zu entwickeln. Bis heute bestehe ein Rechtsstreit mit A.\_\_\_\_ im Zusammenhang mit noch bestehenden Ansprüchen aus den Firmen (Urk. 1 S. 4).

## **E. 3**

Auf die Vorbringen der Parteien sowie die Akten ist, soweit für die Entscheidung erforderlich, in den Erwägungen einzugehen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 3.1**

Es ist unbestritten und ergibt sich aus den Akten, dass der Beschwerdeführer seine langjährige Tätigkeit als Product Manager bei der Y.\_\_\_\_ am 30. Januar 2012 auf den 30. April 2012 kündigte (Urk. 8/47). Zu den Kündigungsgründen notierte er, es hätten nach sechs Jahren keine Entwicklungsmöglichkeiten mehr bestanden. Weiter bejahte er sowohl die Frage, ob er einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehöre, als auch diejenige nach der Beteiligung an einem anderen Betrieb.

### **E. 3.2**

Dem Handelsregister (HR) lässt sich entnehmen, dass der Beschwerdeführer zusammen mit A.\_\_\_\_ Gesellschafter mit einem Stammanteil von 50 % sowie Geschäftsführer der am 11. August 2005 gegründeten D.\_\_\_\_ ist. Diese bezweckt den Import und Export sowie den Handel mit Waren aller Art (HR-Auszug vom 15. April 2013, Urk. 8/8).

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer ist weiter Mitglied des Verwaltungsrates der B.\_\_\_\_

mit Kollektivunterschrift zu zweien. Diese wurde am 26. Juli 2012 im HR ein getragen. Präsident des Verwaltungsrates ist A.\_\_\_\_. Der Gesellschaftszweck besteht in der Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen im Internet sowie der Handel mit Waren und Immobilien aller Art (HR-Auszug vom 31. Juli 2012, Urk. 8/6).

### **E. 3.4**

Am 26. März 2013 gründete der Beschwerdeführer die E.\_\_\_\_, deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer er ist. Der Zweck der Gesellschaft besteht darin, Dienstleistungen aller Art in den Bereichen Consumer-IT, Telekom und Energie, insbesondere Beratung, Projektmanagement und Umsetzungsbegleitung sowie Forschung, Schulung und Knowledge-Aufbau zu erbringen (HR-Auszug vom 15. April 2013, Urk. 8/10).

### **E. 3.5**

In der Stellungnahme vom 14. Juni 2013 (Urk. 8/3) führte der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, er habe bei der Y.\_\_\_\_ gekündigt wegen fehlender Zukunftsperspektiven und weil er länger eine Reise machen wollen. Die B.\_\_\_\_

sei bereits länger geplant gewesen und sei gegründet worden, als er bereits in F.\_\_\_\_ gewesen sei. A.\_\_\_\_ habe die Vollmacht gehabt und habe so den Antrag vornehmen können. Er habe sich zur Arbeitsvermittlung gemeldet, weil er von den Ferien zurückgekommen sei und gemerkt habe, dass die Firma keine Einnahmen generieren könne. Er

kämpfe

zur Zeit mit seinem Rechtsanwalt um den Ausstieg bei der B.\_\_\_\_. Er habe im November 2012 bereits gemerkt, dass er nicht mit A.\_\_\_\_ zusammenarbeiten könne, dies vor allem aus persönlichen Gründen. Er habe ihm gesagt, dass er eine Stelle antreten und sich beim RAV anmelden werde. Er sei vom 23. April 2012 bis 12. Dezember 2012 in F.\_\_\_\_ gewesen. Die Firma D.\_\_\_\_, welche eine Software-Lösung mit Fr. 160'000.-- Wert gehabt habe, habe in die B.\_\_\_\_ überführt werden können. Die D.\_\_\_\_ habe keinen Wert mehr und werde zukünftig liquidiert. Mit der Sacheinlage der D.\_\_\_\_ habe die Firma B.\_\_\_\_

ohne finanziellen Aufwand gegründet werden können. Die Homepage habe eine Firma erstellt. Er habe von seiner Mutter ein Darlehen von Fr. 20'000.-- erhalten. Er habe zur Firma wegen dem Rechtsstreit keinen Zugriff. Er habe anfangs 2012 den Entschluss gefasst, die B.\_\_\_\_ zu gründen. Sein Geschäftspartner habe die B.\_\_\_\_ vorwiegend gründen wollen. Wenn er gewusst hätte, damit sein Arbeitslosentaggeld zu gefährden, hätte er die Firma wohl nicht gegründet. Er habe keinerlei Einnahmen erzielt. Für die Firma habe er lediglich zwischendurch E-Mails geschrieben. Er habe A.\_\_\_\_ bereits im Oktober 2012 mitgeteilt, dass er in der Firma nicht mehr weiterhin eingetragen sein wolle. Seit Januar 2013 habe er keinen Zugriff mehr auf den Kreditkartenpool und die Homepage, weshalb er nicht nachschauen könne, was mit der Firma laufe. Auf die Frage, ob es sein persönlicher Wunsch gewesen sei, einer selbständigen Tätigkeit nachzugehen und nebst der D.\_\_\_\_ die B.\_\_\_\_ zu gründen, antwortete der Beschwerdeführer, es sei der nächste logische Schritt gewesen mit der Hoffnung, dass sich daraus mehr ergebe. Er möchte jedoch eine Arbeitnehmerstelle finden. Im Februar 2013 habe er den Entschluss gefasst, die Firma E.\_\_\_\_ zu gründen. Die Y.\_\_\_\_ habe ihm einen Auftrag offeriert, jedoch als Selbständigerwerbender. Deshalb habe er die Firma gegründet. Leider könne die Y.\_\_\_\_ ihn nicht weiter beschäftigen und müsse jetzt die eigenen Leute berücksichtigen. Er habe als

Schadenminderung arbeiten wollen. Die Tätigkeit bei der E.\_\_\_\_ sei eigentlich nicht auf Dauer ausgerichtet. Er könnte sie schon wieder löschen lassen. Die Löschung kostete Fr. 2'000.--. Die Gründung habe er nur wegen Y.\_\_\_\_ vorgenommen, da er gedacht habe, dass er bis September 2013 arbeiten könne. Ende März 2013 sei ihm mitgeteilt worden, dass der Auftrag beendet sei. Momentan habe er keine weiteren Aufträge in Aussicht. Die Fr. 20'000.-- für die Gründung habe ihm seine Mutter gegeben. Er habe nichts weiter vor mit dieser Firma. Die ungefähr Fr. 12'000.-- Einnahmen habe er der Kasse als Zwischenverdienst angegeben. Er habe keine weiteren Investitionen gehabt und keine Lokalität gemietet.

#### **E. 4**

##### **2.4.2.1**

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sind andauernd selbständig erwerbende Personen in der Regel bereits von vornherein vom Arbeitslosentaggeld bezug ausgeschlossen. 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 Erwerbstätigen, 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 bei behalten wird. Es ist nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung, die in solchen Fällen anfänglich fehlenden Einnahmen zu ersetzen. Rechtsprechungsgemäss ist sodann nicht relevant, ob effektiv für die Firma eine Tätigkeit ausgeübt oder ein Einkommen erwirtschaftet wurde (Urteil des Bundesgerichts 8C\_635/2009 E. 3.2 mit Hinweisen). Zu prüfen ist daher, ob in der Aufnahme der arbeitgeberähnlichen Tätigkeit

in der B.\_\_\_\_ ein gewichtiges Indiz für eine fehlende Vermittlungsbereitschaft zu erblicken ist

( Urteil 8C\_635/2009, a.a.O., E. 3.3 mit Hinweis ).

#### **E. 4.1**

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fallen Personen, die aufgrund des Verlustes einer Tätigkeit, in der sie keine arbeitgeberähnliche Stellung innehat, Arbeitslosenentschädigung geltend machen und daneben in einem Drittbetrieb eine arbeitgeberähnliche Stellung bekleiden, nicht unter die analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. In einem solchen Fall ist zu prüfen, ob aufgrund der Tätigkeit im Drittbetrieb die Vermittlungsfähigkeit noch gegeben ist bzw. der anrechenbare Arbeitsausfall eingeschränkt wird ( AVIG-Praxis ALE B14). Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer während dem relevanten Überprüfungszeitraum als Gesellschafter und Geschäftsführer bei der D.\_\_\_\_ eine arbeitgeberähnliche Stellung bekleidete. Da er jedoch gleichzeitig in einem 100%igen Anstellungsverhältnis mit der Y.\_\_\_\_ stand, ist Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG in Bezug auf die arbeitgeberähnliche Stellung bei der D.\_\_\_\_ nicht anwendbar.

#### **E. 4.2**

Richtig ist zwar , dass d er Beschwerdeführer sein Arbeitsverhältnis mit der Y.\_\_\_\_ auf den 30. April 2012

freiwillig aufgab und in der Folge die bereits seit Januar 2012 geplante Gründung der B.\_\_\_\_ erfolgte, wobei der Beschwer deführer bis zum Verfügungsdatum vom 25. Juni 2013 als Verwaltungsratsmit glied im HR eingetragen war. Allein daraus lässt sich jedoch entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners noch nicht ableiten, dass der Beschwerdeführer mit der Gründung der B.\_\_\_\_ den Status des Selbständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufge nommen und beibehalten hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_81/2009 vom 27. August 2009 E. 3.4) . So gibt es doch in den Akten gewichtige Indizien, wel che für die Darstellung des Beschwerdeführers sprechen, wonach er auf Drängen von A.\_\_\_\_ in die Gründung der B.\_\_\_\_ einwilligte und diese nur im Neben amt führen wollte (Urk. 8/24/2). Dass er nämlich die Kapazität hatte, neben sei ner Vollerwerbstätigkeit bei der Y.\_\_\_\_ einer selbständigen Tätigkeit nachzu gehen, ergibt sich aus der von ihm und Geschäftspartner A.\_\_\_\_ über die D.\_\_\_\_ , welche seit dem 1 1. August 2005 im HR eingetragen ist, entwickelten Software, welche im Zeitpunkt der Gründung der B.\_\_\_\_ immerhin e inen Wert von rund Fr. 169'000.-- hatte (Urk. 8 /24 /7-8). Kommt hinzu, dass vom 26. Juli bis 31. Oktober 2012 zehn Arbeitsbemühungen aktenkundig sind (Urk. 8/24/4-5).

Mithin bemühte sich der Beschwerdeführer während seiner Reise vom 23. April bis 12. Dezember 2012 (Urk. 8/23) und notabene unmittelbar nach der Gründung der B.\_\_\_\_ am 26. Juli 2012 um eine Anstellung. Damit erscheinen die Vorbringen des Beschwerdeführers, dass er seine unselbständige Erwerbstätig keit nicht ausschliesslich zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit aufgab, sondern um vor der Heirat und Familiengründung eine längere Reise zu unternehmen und allenfalls sogar eine Stelle im Ausland zu finden , als glaub haft.

Weiter deutet das E-Mail von A.\_\_\_\_ vom 18. Januar 2013 darauf

hin, dass der Beschwerdeführer sich nicht mit vollem Einsatz für die neu gegründete B.\_\_\_\_ eingesetzt und es nicht wirklich ernst gemeint

hatte mit der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit im Haupterwerb (Urk. 8/21/2). Auch die direkt nach der Rückkehr in die Schweiz erfolgte Anmeldung zur Arbeitsvermittlung am 14. Dezember 2012 sowie die durchgehend genügenden persönlichen Arbeitsbemühungen von November 2012 bis August 2013 (Urk. 8/36) sprechen dafür, dass der Beschwerdeführer nie ausschliesslich eine selbständige Erwerbs tätigkeit hatte ausüben wollen, sondern jederzeit bereit und in der Lage gewesen war , in ein Anstellungsverhältnis zu treten und seine arbeitgeberähnliche Stel lung dafür aufzugeben. Davon zeugt auch, dass er am 16. September 2013 bei der G.\_\_\_\_ eine neue Stelle antrat (Urk. 3/7). Damit ist entgegen dem Vorbrin gen des Beschwerdegegners nicht dargetan, dass der Beschwerdeführer sich ausschliesslich deshalb beim RAV meldete, weil die B.\_\_\_\_ keine Einnahmen generieren konnte und er nur mangels erfolgreicher selbständiger Erwerbstätig keit bereit war, ein Arbeitsverhältnis einzugehen. Es ist auch anzunehmen, dass sich der Beschwerdeführer mangels Zugriff auf die Verschlüsselungen und auf grund des Rechtsstreits mit seinem ehemaligen Geschäftspartner (vgl. Urk. 8/18-21) nicht nach Belieben von der B.\_\_\_\_

hätte anstellen lassen und sich ein Gehalt auszahlen könn en , weshalb auch kein Missbrauchspotential zu erkennen ist.

### **E. 4.3**

Damit bleibt die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers zu prüfen. Aus den Akten ergeben sich keinerlei Hinweise, wonach der Beschwerdeführer trotz der noch existenten D.\_\_\_\_ und der B.\_\_\_\_ nicht zu 100 % vermittlungsfähig war (vgl. Urk. 8/4, Urk. 8/7). Über die neu gegründete E.\_\_\_\_ wickelte der Beschwerdeführer einen einmaligen Auftrag der Y.\_\_\_\_ ab. Diese ist rechtsprechungsgemäss

als selbständige Zwischenverdiensttätigkeit zu qualifizieren, bemühte sich der Beschwerdeführer doch weiterhin intensiv um eine selbstständige Erwerbstätigkeit und erfolgte sie als Reaktion auf die Arbeitslosigkeit und diente allein der Schadenminderung (vgl. AVIG-Praxis B 235 und B 236, Urk. 8/9). Dies stellte auch der Beschwerdegegner nicht in Abrede.

### **E. 4.4**

Zusammengefasst verneinte der Beschwerdegegner die Anspruchsberechtigung des Beschwerdeführers gestützt auf dessen arbeitgeberähnliche Stellung bei der B.\_\_\_\_

zu Unrecht. Die Beschwerde ist deshalb in dem Sinne gutzuheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben und festzustellen ist, dass der Beschwerdeführer ab dem 14. Dezember 2012 anspruchsberechtigt ist, sofern auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

### **E. 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich  
Der Vorsitzende  
Die Gerichtsschreiberin  
Hurst  
Onyetube

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