

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00083 vom 14. Dezember 2015

ZH Sozialversicherungsgericht, 2015-12-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2015.00083

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00083 du 14 décembre 2015

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00083 del 14 dicembre 2015

Erwägungen

E. 1.1

X.____, geboren 1956, war ab dem 15. August 2008 bei der Y.____ GmbH als Carrossier angestellt (Arbeitsvertrag vom 15. August 2008, Urk. 6/5). Mit Brief vom 1. November 2013 kündigte die GmbH, handelnd durch ihn selbst, das Arbeitsverhältnis per Ende Januar 2014, da die Betriebs räumlichkeiten wegen Eigennutzung durch den neuen Eigentümer nicht mehr zur Verfügung stünden (Urk. 6/6). Am

E. 1.2

Am 10. März 2014 (Datum des Tagebuch-Eintrags) übertrug X.____ seine Stammanteile der Y.____ GmbH (195 x Fr. 100.--) und die Stellung als einzelunterschriftsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer an Z.____ (Handelsregisterauszug vom 7. April 2014, Urk. 6/19) und meldete sich anschliessend erneut bei der Arbeitslosenversicherung an (Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 4. April 2014, Urk. 6/15; Arbeitsbescheinigung vom 31. März 2014, Urk. 6/16). Nachdem die Arbeitslosenkasse von ihm Bankauszüge verlangt hatte, aus denen die Lohnbezüge ersichtlich seien (Brief vom 11. April 2014, Urk. 6/23), verneinte sie mit Verfügung vom 24. April 2014

seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem Anmeldedatum des 11. März 2014 wiederum, diesmal mit der Begründung, seine Lohnbezüge seien nicht nachgewiesen, weshalb der versicherte Verdienst nicht hinreichend zuverlässig festgesetzt werden könne (Urk. 6/27).

X.____ erhob mit Eingabe vom 10. Mai 2014 Einsprache und beantragte, es sei ihm rückwirkend ab dem 11. März 2013 (richtig: 2014) Arbeitslosenentschädigung zuzusprechen (Urk. 6/29/1). Die Arbeitslosenkasse tätigte weitere Abklärungen zum Lohnfluss (Urk. 6/35-39 und Urk. 6/41-45) und hielt anschliessend mit Einspracheentscheid vom 5. September 2014 fest, der Versicherte habe ab dem 11. März 2014 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, „sofern auch die weiteren Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 AVIG erfüllt“ seien (Urk. 6/46). Zur Begründung hielt die Kasse fest, die arbeitgeberähnliche Stellung des Versicherten habe gemäss Handelsregisterauszug

am 10. März 2014 geendet, sodass ab dem 11. März 2014 ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu prüfen sei. Des Weiteren sei aus den eingereichten und beigezogenen Belegen ein gewisser Lohnfluss ersichtlich, aufgrund dessen der versicherte Verdienst „wohl bei CHF 1'458.00 festzusetzen“ sei. Sollte der Versicherte mit der Höhe des versicherten Verdienstes nicht einverstanden sein, so hätte er die Möglichkeit, beim Erhalt einer ersten Taggeldabrechnung eine diesbezügliche Verfügung zu verlangen (Urk.

6/46 S. 2 ff.).

E. 1.3

Die Arbeitslosenentschädigung wird gestützt auf Art. 21 und Art. 22 AVIG als Taggeld ausgerichtet, welches sich nach dem versicherten Verdienst bemisst.

Gemäss Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG gilt als versicherter Verdienst der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraums aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde, wobei die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen eingeschlossen sind, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen. Nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 AVIG gilt der Verdienst nicht als versichert, wenn er eine Mindestgrenze nicht erreicht. In Art. 23 Abs. 1 Satz 4 AVIG wird es dem Bundesrat übertragen, den Bemessungszeitraum und die Mindestgrenze zu bestimmen.

Art. 37 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) regelt den Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst. Massgebend ist grundsätzlich der Durchschnittslohn der letzten sechs oder der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, je nachdem, welcher Durchschnittslohn höher und somit für die versicherte Person günstiger ist (Abs. 1 und Abs. 2). Zur Mindestgrenze ist in Art. 40 Satz 1 AVIV festgelegt, dass ein Verdienst nicht versichert ist, wenn er während des Bemessungszeitraumes monatlich Fr. 500. nicht erreicht.

Bei den Regeln über den versicherten Verdienst in Art. 23 AVIG und den Ausführungsbestimmungen in der AVIV handelt es sich im Unterschied zu den Bestimmungen in Art. 8 ff. AVIG nicht um Anspruchsvoraussetzungen, sondern um Vorschriften zur Bemessung des Taggeldes bei gegebenen Anspruchsvoraussetzungen. Nur dort, wo der Mindestbeitrag für den versicherten Verdienst von monatlich Fr. 500.-- nicht erreicht ist, erhält die Regelung über den versicherten Verdienst die Bedeutung einer negativen Anspruchsvoraussetzung (vgl. BGE 131 V 444 E. 3.2.1). 2. 2.1

Die Beschwerdegegnerin hatte den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 4. Februar 2014 mit der Verfügung vom 5. März 2014 gestützt auf die Rechtsprechung zum fehlenden Anspruch von arbeitslosen Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung im ehemaligen Arbeitgeber-Betrieb verneint (Urk. 6/12). Diese Verfügung wurde nicht angefochten und erwuchs deshalb in Rechtskraft.

Strittig und zu prüfen ist demgegenüber, ob und in welcher Höhe der Beschwerdeführer ab dem 11. März 2014, nachdem seine Stellung als Gesellschafter und Geschäftsführer der Y.____ GmbH im Handelsregister gelöscht worden war und er sich erneut bei der Arbeitslosenversicherung angemeldet hatte, Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. 2.2

Die Beschwerdegegnerin verneinte diesen Anspruch mit der Verfügung vom 24. April 2014 zunächst erneut und begründete den fehlenden Anspruch diesmal damit, dass der versicherte Verdienst mangels genügenden Nachweises der Lohnbezüge nicht hinreichend zuverlässig festgesetzt werden könne (Urk. 6/27). Mit dieser Begründung hielt die Beschwerdegegnerin die Anspruchsvoraussetzung des Mindestverdienstes von monatlich Fr. 500.-- für nicht gegeben und stellte allenfalls sinngemäss auch die Beitragszeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. e und Art. 13 AVIG in Frage. Auf die Frage der arbeitgeberähnlichen

Stellung ging sie in der Verfügungsbegründung nicht ein.

Demgegenüber ging die Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid vom 5. September 2014 mit ihrem Hinweis auf die Änderung des Handelsregistereintrags davon aus, dass die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers am 10. März 2014 geendet habe (Urk. 6/46 S. 3). Im Übrigen beschlugen ihre Ausführungen wiederum nur den versicherten Verdienst, und sie nahm nunmehr an, es seien im Zeitraum vom 11. März 2013 bis zum 10. April 2014 Lohnbezüge von insgesamt Fr. 17'500.-- erfolgt (Urk. 6/46 S. 4). Wenn sie mit diesen Überlegungen die Einsprache guthiesse, so steht zwar fest, dass sie die Anspruchsvoraussetzung des Mindestverdienstes nunmehr als erfüllt erachtete und dem Beschwerdeführer des Weiteren ab dem 10. März 2014 auch keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr als anspruchshin dernd entgegenhielt. Dennoch kann aus den nachfolgenden Gründen nicht gesagt werden, der Einspracheentscheid vom 5. September 2014 sei in Bezug auf diese beiden Anspruchsvoraussetzungen in formelle Rechtskraft erwachsen mit der Folge, dass die Beschwerdegegnerin im späteren Einspracheverfahren gegen die Verfügung vom 21. Oktober 2014 daran gebunden gewesen wäre und das Bestehen dieser Anspruchsvoraussetzungen im vorliegenden Verfahren auch für das Gericht verbindlich wäre.

Mit dem Einspracheentscheid vom 5. September 2014 wurde nämlich weder über den grundsätzlichen Bestand des Taggeldanspruchs des Beschwerdeführers noch über die Taggeldhöhe abschliessend befunden. Vielmehr wurde der Anspruch als solcher nur für den Fall bejaht, dass auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, und die Höhe des versicherten Verdienstes wurde noch nicht definitiv festgelegt, sondern die Beschwerdegegnerin verwies auf die Möglichkeit einer späteren Festlegung mittels Verfügung. Damit hat der Einspracheentscheid vom 5. September 2014 ausschliesslich feststellenden Charakter. Ein Feststellungsentscheid über einzelne Anspruchsvoraussetzungen ist indessen nicht zulässig, soweit nicht - wie im Falle der Vermittlungsfähigkeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. f und Art. 15 AVIG - eine Anspruchsvoraussetzung zur Diskussion steht, für deren Prüfung nicht die Arbeitslosenkasse, sondern das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) zuständig ist (vgl. die Urteile des Bundesgerichts C 334/05 vom 18. Mai 2006, E. 2.3, und C 81/01 vom 11. Oktober 2002, E. 1.1). Überdies ist der Einspracheentscheid vom 5. September 2014 auch innerhalb der Anspruchs- und Bemessungsgrösse des

versicherten Verdienstes nicht als abschliessender (Teil-)Entscheid konzipiert, sondern es wird erst ein mutmasslicher Betrag („wohl bei CHF Fr. 1'458.00 festzusetzen“) genannt und auf die Möglichkeit hingewiesen, zu einem späteren Zeitpunkt durch Verfügung darüber zu befinden (Urk. 6/46 S. 4). Die Einsprache ist indessen kein *de voluti ves* Rechtsmittel, sondern die Zuständigkeit im Einspracheverfahren verbleibt bei derjenigen Behörde, welche die angefochtene Verfügung erlassen hat. Hebt diese Behörde die angefochtene Verfügung auf, so kann das Einspracheverfahren nur

dadurch abgeschlossen werden, dass die Behörde entweder im Einspracheentscheid selbst über das strittige Rechtsverhältnis befindet oder dass sie eine neue, wiederum anfechtbare Verfügung erlässt und das Einspracheverfahren dadurch gegenstandslos wird (vgl. BGE 131 V 407 E. 2.1 und E. 2.2). 2.3

Demzufolge wurde das Verwaltungsverfahren, das mit der Verfügung vom 24. April 2014 (Urk. 6/27) in Gang gesetzt wurde, nicht bereits mit dem Einspracheentscheid vom 5.

September 2014 (Urk. 6/46) abgeschlossen , sondern erst mit dem vorliegend angefochtene n anspruchsverneinenden Einspracheentscheid vom 24. Februar 2015 (Urk. 2) , der auf die Einsprache gegen die Verfügung vom 21. Oktober 2014 (Urk. 6/56) hin ergangen war. Im vorliegenden Gerichtsverfahren können daher grundsätzlich sämtliche Anspruchsvoraussetzungen überprüft werden . Dies gilt auch für die nicht beanstandeten Voraussetzungen, soweit hierzu aufgrund der Vorbringen der Parteien oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht und die Parteien angehört worden sind (vgl. BGE 125 V 413 E. 2c). 3. 3.1

Im angefochtenen Einspracheentscheid vom 24. Februar 2015 gelangte die Beschwerdeführerin erneut zum Schluss, der versicherte Verdienst erreiche den Mindestbetrag von Fr. 500.-- nicht ,

und verneinte den Anspruch des Beschwerdeführers wiederum wegen des Fehlens dieser Anspruchsvoraussetzung. Die Angaben in den Akten zu den Umständen, die zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdeführers mit der Y.____ GmbH geführt hatten, haben das Gericht jedoch dazu veranlasst, von Amtes wegen der Frage nachzugehen, ob der Beschwerdeführer seine arbeitgeberähnliche Stellung mit dem Austritt als geschäftsführender und einzelunterschriftsberechtigter Gesellschafter der GmbH tatsächlich aufgegeben habe und wie es sich mit der arbeitgeberähnlichen Stellung seiner Ehefrau C.____ verhalte, mit der er sich am 12. September 2014 verheiratet hatte (Sachverhalt Ziffer 1.2). Wäre die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers im Beurteilungszeitraum vom 11. März 2014 bis zum Datum des Einspracheentscheids vom 24. Februar 2015 weiterhin zu bejahen, so erübrigte es sich, die weitere Anspruchsvoraussetzung des versicherten Mindestverdienstes zu prüfen und - bei gegebenem Mindestverdienst - das Taggeld zu bemessen. Deshalb ist die Frage nach der arbeitgeberähnlichen Stellung vorab zu klären. Beiden Parteien wurde im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels und des Beizugs

der Unterlagen des RAV Gelegenheit gegeben, sich zu dieser Frage zu äussern . Die Bedingungen für die Ausdehnung des Gerichtsverfahrens auf diesen nicht umstrittenen gewesen Punkt sind daher erfüllt. 3.2

Fest steht, dass der Beschwerdeführer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses eine arbeitgeberähnliche Stellung bei der Y.____ GmbH inne hatte . Er hielt gemäss dem Handelsregisterauszug vom 7. März 2014 195 von 200 Stammanteilen , war einer von zwei einzelunterschriftsberechtigten Gesellschaftern und hatte ausserdem die Funktion des Geschäftsführers inne (Urk. 6/13 S. 2). Dementsprechend war es auch er selbst , der am 1. November 2013 die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses per Ende Januar 2014 aussprach (Urk. 6/6). Fest steht sodann auch, dass die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses solange fortbestand, als er seine Stammanteile behielt und im Handelsregister eingetragen blieb. Denn die Doppelfunktion als Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH verleiht grundsätzlich dieselben Einflussmöglichkeiten auf die Geschicke der Unternehmung, wie sie das Verwaltungsratsmitglied einer AG hat (vgl. hierzu Meier- Hayoz / Forstmoser , Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage, Bern 2012, § 18 Rz 116 ff. mit Hinweis auf Art. 814 des Obligationenrechts [OR]; vgl. auch BGE 126 V 237), und die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach im Falle eines mitarbeitenden Verwaltungsratsmitglieds einer AG der Ausschlussgrund nach Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG allein aufgrund dieser Stellung gegeben ist, lässt sich daher auf diese Doppelfunktion i

innerhalb einer GmbH übertragen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_729/2014 vom 18. November 2014, E. 2 mit Hinweisen).

Die Beschwerdegegnerin hielt ursprünglich dafür, dass die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers mit der Abgabe der Stammanteile und der Löschung der eingetragenen Funktionen (Handelsregisterauszug vom 7. April 2014, Urk. 6/19) geendet habe und seinem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung somit ab dem 11. März 2014 nicht mehr entgegengestanden sei (Urk. 6/46 S. 3). Davon kann indessen, wie nachfolgend zu zeigen ist, nicht ausgegangen werden. 3.3 3.3.1

Zwar verlor der Beschwerdeführer mit seinem Ausscheiden als geschäftsführender und einzelunterschriftsberechtigter Gesellschafter die Stellung eines formalen Organs der Y.____ GmbH. Hingegen sprechen verschiedene Umstände dafür, dass er die Stellung eines materiellen Organs beibehielt und trotz der Aufgabe seiner finanziellen Beteiligung weiterhin massgebende Entscheidungsbefugnisse in der Gesellschaft besass. 3.3.2

Die Kündigung erfolgte gemäss der Begründung im Kündigungsschreiben und den Angaben in den Arbeitgeberbescheinigungen, weil der Gesellschaft die Werkstatt gekündigt worden war (Urk. 6/4, Urk. 6/6 und Urk. 6/16). Die Gesellschaft wurde indessen nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht aufgelöst, sondern unter Beibehaltung des bisherigen Gesellschaftszwecks des Betriebs einer Autogarage mit Reparaturwerkstatt weitergeführt (vgl. neben dem Handelsregisterauszug vom 7. April 2014, Urk. 6/19, die Internet-Auszüge vom 15. April und vom 8. Dezember 2015, Urk.

E. 4

Februar 2014 meldete sich X.____

zur Arbeitsvermittlung und zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an (Anmeldebestätigung vom 17. Februar 2014, Urk. 6/1; Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 18. Februar 2014, Urk. 6/2; Arbeitgeberbescheinigung vom 25. Februar 2014, Urk. 6/4).

Mit Verfügung vom 5. März 2014 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich den Anspruch von X.____ auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 4. Februar 2014, da er im Handelsregister (vgl. den Internet-Auszug

in Urk. 6/13) als einzelunterschriftsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer der Y.____ GmbH eingetragen sei und somit eine arbeitgeberähnliche Stellung in der Gesellschaft innehatte (Urk. 6/12).

E. 8

April 2015 (Urk. 8) hielt das Gericht fest, dass abgesehen von der Höhe des versicherten Verdienstes für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auch eine Rolle spielen könne, ob die Ehefrau des Versicherten nach dessen Austritt als Gesellschafter der GmbH, für die er tätig gewesen sei, Gesellschafterin geblieben oder geworden sei, und holte zur Klärung der Zivilstandsverhältnisse des Versicherten die zivilstandsamtliche Bestätigung vom 5. Mai 2015 ein (Urk. 10). 2.2

Mit Verfügung vom 19. Mai 2015 konstatierte das Gericht, dass sich der Versicherte am 12. September 2014 mit C.____ verheiratet habe und C.____ am 9. April 2015 als Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Y.____ eingetragen worden sei. Ungeachtet dessen, dass diese Eintragung erst nach dem Erlass des Einspracheentscheids vom 24. Februar 2015 erfolgt war, warf das Gericht die Frage auf, ob C.____ nicht bereits vorher eine

arbeitgeberähnliche Stellung in der GmbH innegehabt habe und ob der Versicherte selbst seine arbeitgeberähnliche Stellung mit dem Austritt als Gesellschafter im März 2014 tatsächlich aufgegeben habe. Das Gericht ordnete deshalb einen zweiten Schriftenwechsel an und gab dem Versicherten Gelegenheit zur Stellungnahme zu den aufgeworfenen Fragen (Urk. 15).

X.____ erstattete am 1. Juni 2015 die Replik und blieb bei seinem Antrag auf Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung (Urk. 17). Die Arbeitslosenkasse hielt in der Duplik vom 25. Juni 2015 an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde ebenfalls fest (Urk. 19), und X.____ nahm mit Eingabe vom 3. Juni 2015 (richtig: 3. Juli 2015) die Gelegenheit wahr, zu den Vorbringen der Kasse in der Duplik, soweit diese neu waren (vgl. die Verfügung vom 29. Juni 2015, Urk. 20), Stellung zu nehmen (Urk. 22). 2.3

Mit Verfügung vom 1. Oktober 2015 (Urk. 24) zog das Gericht vom Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) die Beratungsprotokolle und die Nachweise der persönlichen Arbeitsbemühungen bei (Urk. 26/1 und Urk. 26/2-18) und gab den Parteien anschliessend Gelegenheit, sich dazu im Hinblick auf die Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung des Versicherten zu äussern (Verfügung vom 12. Oktober 2015, Urk. 28). Die Arbeitslosenkasse verzichtete mit Eingabe vom 29. Oktober 2015 auf eine Stellungnahme (Urk. 30); der Versicherte liess die Frist zur Stellungnahme unbenützt verstreichen.

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. 1.1

Eine arbeitslose Person hat unter den Voraussetzungen in Art. 8 ff. des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

Eine der Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht nach Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG darin, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist. Nach Art. 13 Abs. 1 AVIG hat die Beitragszeit erfüllt, wer innerhalb der dafür vorgesehenen zweijährigen Rahmenfrist nach Art. 9 Abs. 3 AVIG während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat.

Grundsätzlich ist Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der erfüllten Beitragszeit einzig die Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der geforderten Mindestdauer, wogegen die tatsächliche Lohnzahlung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine selbständige Anspruchsvoraussetzung ist. Umgekehrt ist dort, wo es am Nachweis einer tatsächlich ausgeübten unselbständigen Tätigkeit fehlt, das Anspruchserfordernis der erfüllten Beitragszeit selbst dann nicht gegeben, wenn als Lohn bezeichnete Zahlungen geflossen sind (BGE 131 V 444 E. 3.1, E. 3.2.2 und E. 3.3). 1.2.1.1

Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG unter den in lit. a-d genannten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Erforderlich ist unter anderem, dass ein anrechenbarer Arbeitsausfall im Sinne der Kriterien in Art. 32 AVIG vorliegt (Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG) und dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG).

Vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen sind nach Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG diejenigen 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. Es handelt sich um Personen (und ihre Ehegatten), denen zwar die Rechtsstellung von Arbeitnehmern zukommt, die jedoch dem Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nach eine arbeitgeberähnliche Position einnehmen. Die Regelung in Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG dient der Verhütung von Missbräuchen und soll insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (vgl. BGE 123 V 234 E. 7b/ bb). Wer demnach am Entscheid über das Eintreten des Versicherungsfalles der Kurzarbeit selber massgeblich beteiligt ist, soll aufgrund eben dieses Versicherungsfalles keine Leistungen beanspruchen können. 1 .2.2

Kurzarbeit kann nicht nur in einer Reduktion der Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass der Betrieb für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt wird. Solange ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung mit der betreffenden Unternehmung noch in einem Arbeitsverhältnis steht, hat er aufgrund der Ausschlussbestimmung in Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung . Wird das Arbeitsverhältnis hingegen gekündigt, so gilt die arbeitgeberähnliche Person nunmehr als arbeitslos und kann somit unter den Voraussetzungen in Art. 8 ff. AVIG Arbeitslosenentschädigung beanspruchen. Behält sie nach der Entlassung allerdings ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann dadurch dessen Entscheidungen weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, so läuft die Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG hinaus, und es besteht auch bei grundsätzlich gegebenen Voraussetzungen nach Art. 8 ff. AVIG kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Der Umgehungstatbestand wird hier damit begründet, dass die arbeitgeberähnliche Person über die Dispositionsfreiheit verfügt, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Ein tatsächlich rechtsmissbräuchliches Verhalten muss dabei nicht nachgewiesen sein, sondern das Vorhandensein des abstrakten Missbrauchsrisikos genügt. Dieses Risiko ist nach der Rechtsprechung erst dann nicht mehr vorhanden, wenn der Betrieb geschlossen wird und das Ausscheiden des Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung mithin definitiv ist, oder wenn das Unternehmen zwar weiterbesteht, die arbeitgeberähnliche Person jedoch mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaften verliert, deretwegen sie bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre (vgl. BGE 123 V 234 E. 7b/ bb). 1 .2.3

Die Frage, ob eine arbeitnehmende Person im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen kann, ist grundsätzlich aufgrund der betrieblichen Verhältnisse im Einzelfall und nicht nach rein formalen Kriterien zu beantworten. Keine Prüfung des Einzelfalles ist rechtsprechungsgemäss (nur)

dort erforderlich, wo sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst zwingend ergibt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung schliesst daher den mitarbeitenden Verwaltungsrat einer AG, für welchen das Gesetz in Art. 716 716b OR verschiedene nicht übertrag- und entziehbare, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmende oder massgeblich beeinflussende Aufgaben vorschreibt, vom Leistungsanspruch generell aus (BGE 122 V 273 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 8C_196/2011 vom 1. Juni 2011, E. 2 mit Hinweisen).

E. 12

und Urk. 32). 3.3.3

Der Beschwerdeführer hatte somit materiell seine arbeitgeberähnliche Stellung in der Y.____ GmbH nach der formellen Löschung im Handelsregister weiterhin inne. Zwar wurde der Werkstattbetrieb bis zur Beendigung der Arbeitslosigkeit des Beschwerdeführers durch den Stellenantritt in der Oldtimer-Garage nicht wieder aufgenommen. Der Beschwerdeführer hätte jedoch auf grund seiner arbeitgeberähnlichen Stellung in der GmbH jederzeit die Möglichkeit gehabt, den Betrieb zu reaktivieren, und er zog dies gemäss seinen Angab en gegenüber dem RAV auch in Betracht und traf Vorkehren im Hinblick darauf. Daran ändert nichts, dass die GmbH gemäss den Ausführungen des Beschwerdeführers in der Replik und in der Stellungnahme vom 3. Juli 2015 (Urk.

E. 17

und Urk.

E. 22

), so ist dies unbeachtlich. Es ist hier auf eine vergleichbare Konstellation hinzu weisen, wo eine AG (dort allerdings wegen des Konkurses der vorgängigen Ein zelfirma) die bisherige Betriebsstätte verloren hatte und das Bundesgericht fest hielt, die AG sei dadurch nicht daran gehindert worden, gegebenenfalls an einem anderen Ort einen Garagenbetrieb zu übernehmen oder neu zu eröffnen (Urteil des Bundesgerichts C 277/01 vom 30. Mai 2003, E. 3 und E. 4).

Der Beschwerdeführer hat somit im zur Diskus sion stehenden Zeitraum vom 11. März 2014 bis zum Datum des angefochten en Einspracheentscheids vom 24. Februar 2015 wegen seiner arbeitgeberähnlichen Stellung in der Y.____ GmbH keinen Anspruch auf Arbeitslosentschädigung , ungeachtet dessen, ob die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Auf die Höhe des versi cherten Verdienstes muss daher nicht mehr eingegangen werden.

Begründet ist damit auch die Rückforderung der Arbeitslosenentschädigung, die dem Beschwerdeführer für die Monate November und Dezember 2014 bereits ausbezahlt worden ist. Denn da diese Auszahlung erfolgte, ohne dass ein rechtskräftiger Entscheid über den Anspruch des Beschwerdeführers vorgelegen hätte, ist für die Rückforderung kein Rückkommenstitel (neue Tatsache oder zweifellose Unrichtigkeit; Art. 53 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetz es über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG]) erforderlich. 3.5

Die Beschwerde ist daher im Sinne der Erwägungen abzuweisen. 4.

Der Beschwerdeführer stellte in der Beschwerdeschrift den Antrag auf

unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 1) . Dieser Begriff umfasst neben der Befreiung von den Gerichtskosten auch die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (Art. 118 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] in Verbindung mit § 28 lit . a des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht [GSVGer]) . Der Beschwerdeführer sprach jedoch in den eingereichten Rechtschriften nirgendwo von einem Vertreter, der ihm zu bestellen sei , weder durch Benennung einer bestimmten Person, noch in allgemeiner Form. Deshalb ist davon auszugehen, dass er mit seinem Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege lediglich von den Gerichtskosten befreit sein will. Dies ist schon von Gesetzes wegen der Fall, da der Prozess um den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung kostenlos ist (Art. 61 lit . a ATSG, § 33 Abs. 1 GSVGer). Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.____ unter Beilage einer Kopie von Urk. 32 - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich unter Beilage einer Kopie von Urk. 32 - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 4.

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 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, 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 Die VorsitzendeDie Gerichtsschreiberin GrünigKobel

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