

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00135 vom 27. August 2015

ZH Sozialversicherungsgericht, 2015-08-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2015.00135

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00135 du 27 août 2015

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2015.00135 del 27 agosto 2015

Erwägungen

E. 1

X.____, geboren 19 7

E. 1.1

Gemäss Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosen - ver sicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) hat eine ver sicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie ganz oder teilweise arbeitslos ist (lit . a), einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (lit . b), in der Schweiz wohnt (lit . c), die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht (lit . d), die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitrags zeit befreit ist (lit . e), vermittlungsfähig ist (lit . f) und die Kontrollvorschriften erfüllt (lit . g).

E. 1.2

Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG unter anderem Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin oder Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeit gebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbei tenden Ehegatten. Nach der Rechtsprechung (BGE 123 V 234 E. 7a mit Hinweis) ist der Ausschluss der in Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG genannten Personen vom Entschädigungsanspruch absolut zu verstehen. Nach Gerhards (Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, Bern und Stuttgart 1987, N 43 zu Art. 31 AVIG) steht hinter dieser Regelung der Gedanke der Verhütung von Missbräuchen (Selbstaussstellung von für die Kurzarbeitsentschädigung notwen digen Bescheinigungen usw., Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit und Ähnliches, vor allem bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Lei tungsfunktion des Betriebes).

E. 1.3

Dem Wortlaut nach ist Art. 31 Abs. 3 AVIG auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten. Für den Bereich der Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 ff. AVIG) besteht - an ders als unter der Herrschaft des alten Rechts (Art. 31 Abs. 1 lit . c der Verord nung über die Arbeitslosenversicherung vom 14. März 1977, gültig gewesen bis 31. Dezember 1983, der sich auch auf die Ganzarbeitslosigkeit bezog; vgl. dazu BGE 113 V 74) - keine entsprechende Norm. Das heisst, wenn einer Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung

gekündigt wird, kann sie unter den Voraussetzungen der Art. 8 ff. AVIG grundsätzlich Arbeitslosenentschädigung beanspruchen. Anders verhält es sich nach der Rechtsprechung aber, wenn die betreffende Person auch nach der Kündigung ihre arbeitgeberähnliche Position beibehält. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass mit der Kündigung nicht die endgültige Auflösung des Arbeitsverhältnisses bezweckt wird, sondern die - vorübergehende - Geltendmachung von Arbeitslosenentschädigung. Ein solches Vorgehen läuft nach der Rechtsprechung auf eine Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient, wie in vorstehender Erwägung dargelegt wurde (vgl. BGE 123 V 237 E. 7b/ bb mit Hinweisen, bestätigt im nichtveröffentlichten Urteil des Bundesgerichts C 373/00 vom 19. März 2002).

E. 1.4

Andauernd selbständig erwerbende Personen sind in der Regel bereits von vorn herein vom Arbeitslosentaggeldbezug ausgeschlossen. Die Anwendung der Rechtsprechung gemäss BGE 123 V 234

, wo nach 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 beibehalten wird (Urteil des Bundesgerichts C 9/05 vom 21. Dezember 2005 E. 2.3; Urteil 8C_49/2009 vom 5. Juni 2009 E. 4.3). Es ist nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung, die in solchen Fällen anfänglich fehlenden Einnahmen zu ersetzen (ARV 2005 S. 19, C 117/04; Urteile des Bundesgerichts C 151/06 vom 20. Mai 2007 E. 3 und C 277/05 vom 12. Januar 2007 E. 3.3).

Rechtsprechungsgemäss ist sodann nicht relevant, ob effektiv für die Firma eine Tätigkeit ausgeübt oder ein Einkommen erwirtschaftet wurde (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_81/2009 vom 27. August 2009 E. 3.3, Urteil C 277/05 vom 12. Januar 2007 E.3.4 mit Hinweisen). 2.

2. 1

Die Beschwerdegegnerin begründete ihren Einspracheentscheid (Urk. 2) damit, der Umstand, dass der Beschwerdeführer zuletzt in seinem Betrieb Z.____ gearbeitet habe, spreche gegen eine Anspruchsberechtigung. Auch habe er seine arbeitgeberähnliche Stellung klar einige Zeit vor der Rahmenfrist für den Leistungsbezug aufgenommen. Darüber hinaus erscheine es wahrscheinlich, dass er sich bereits vor der Auflösung des Angestelltenverhältnisses mit seiner Selbständigkeit auseinandergesetzt und diese geplant habe, da ja die Gründung einer Aktiengesellschaft mit einigen Investitionen verbunden sei. Schliesslich spreche für einen Ausschluss, dass der Beschwerdeführer seinen Lebensunterhalt etliche Monate ausschliesslich aus der Tätigkeit bei der Firma Z.____ bestritten habe (S. 4 Ziff. 3).

Betreffend das Erlassgesuch des Beschwerdeführers werde das Dossier nach Eintritt der Rechtskraft dieses Einspracheentscheides der zuständigen kantonalen Amtsstelle zur Prüfung der Voraussetzungen überwiesen (S. 5 Ziff. 5). 2.2

Dagegen machte der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde (Urk. 1) geltend, seine arbeitgeberähnliche Stellung betreffe lediglich die Teilselbständigkeit, welche er zum Zeitpunkt der Anmeldung beim RAV mit 20 % ausgeübt und entsprechend so deklariert

habe. Diese Teilselbständigkeit habe er seit seiner Firmengründung am 14. Oktober 2013 im gleichen Rahmen im Umfang von 20 %

ausgeübt. Die Zeit zwischen seiner letzten Arbeitnehmerstelle und der Anmeldung beim RAV habe er auch für verschiedene Weiterbildungsangebote und für eine persönliche Standortbestimmung genutzt. Aufgrund seiner Teilselbständigkeit und dem damit verbundenen geringen Auftragsvolumen sei er bei der Firma weder als Arbeitnehmer angestellt gewesen noch habe er sich bis Ende November 2014 einen Lohn ausbezahlt. Er habe die Firma gegründet, um einen Nebenerwerb als zusätzliches Standbein zu haben. Es sei damals seine Absicht gewesen, eine Haupttätigkeit neben der Firma zu finden (S. 2 Ziff. 2

i.-iv.). Er habe durch seine späte Anmeldung beim RAV freiwillig auf Taggelder verzichtet, und ferner bewirke seine Teilselbständigkeit einen freiwilligen Verzicht auf 20 % der Taggelder (S. 3 Ziff. 2 vi.). Erst in Folge der unerwarteten Entscheidung vom 14. November 2014 habe er seine Pläne ändern müssen, die Arbeitssuche beendet, sich von seiner eigenen Firma anstellen lassen und sich vollzeitig um Mandate und Kundenakquisition gekümmert (S. 3 lit. a). Die Firmengründung sei im Rahmen einer Diversifikation des Arbeitnehmersrisikos erfolgt (S. 4 lit. b). Er habe während der gesamten Zeit seit der Auflösung des Arbeitnehmerverhältnisses im Juli 2013 seinen Lebensunterhalt ausschliesslich aus privatem Erspartem bestritten, dies aufgrund der persönlichen Standortbestimmung und der Verfolgung von Weiterbildungskursen. Seine beschränkte Tätigkeit bei der Firma Z.____ sei unentgeltlich und das Ziel sei nicht eine auf Dauer ausgerichtete vollständige Selbständigkeit gewesen (S. 4 lit. c) . 3.

3.1

Der Beschwerdeführer war bis am 30. Juli 2013 als Senior Manager in der Wirtschaftsprüfung bei der Firma Y.____

angestellt und gründete am

3. Oktober 2013

seine eigene Firma Z.____ in Form einer Aktiengesellschaft. Erst am 25. Juli 2014, somit knapp zehn Monate später, meldete sich der Versicherte beim RAV zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an.

Damit hat sich der Beschwerdeführer vor Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung selbstständig gemacht und bekleidete damit grundsätzlich eine arbeitgeberähnliche Position.

3.2

Zu prüfen ist im Folgenden, ob der Beschwerdeführer als Selbständigerwerbender zu qualifizieren ist, wonach er grundsätzlich vom Bezug von Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen wäre.

Dies ist unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob der Status des Selbständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten wurde (vgl. vorstehend E. 1.4).

Vorliegend hatte der Beschwerdeführer sein Arbeitsverhältnis bei der Firma Y.____

gekündigt, um sich neu zu orientieren (vgl. Urk. 6/8) . Da die Gründung der Aktiengesellschaft bereits gut zwei Monate nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses erfolgte , ist davon auszugehen, dass es sich dabei um eine längerfristig geplante Selbständigkeit und Unabhängigkeit handelte, die auch Grund für die Kündigung war.

Dass die Tätigkeit auf Dauer ausgelegt war, ergibt sich einerseits aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer eine Aktiengesellschaft gründete und damit verbunden erhebliche Investitionen tätigte, und andererseits lässt sich die Dauerhaftigkeit auch seinen Angaben im Fragebogen für selbständig Erwerbende oder in der eigenen Firma Beschäftigte (vgl. Urk. 6/2)

entnehmen .

Der Beschwerdeführer bestritt die geplante wirtschaftliche Unabhängigkeit und Dauerhaftigkeit der Selbständigkeit nicht, machte aber geltend, es sei von Anfang an geplant gewesen, lediglich im Umfang von 20 % im Sinne einer allge meinen Risikoverteilung selbständig erwerbstätig zu sein.

Diesbezüglich fällt jedoch zu Ungunsten des Beschwerdeführers ins Gewicht, dass er sich erst rund neun Monate nach Gründung seiner Firma zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung beim RAV anmeldete und nicht von Anfang an.

Er führte zu diesem Punkt zwar aus, er habe die Zeit für Weiterbildungen und für eine Standortbestimmung genutzt. Gerade diese Weiterbildungen können je doch im Zusammenhang mit der Selbständigkeit gesehen werden.

Auch ist zu bezweifeln, ob die vom Beschwerdeführer angebotenen Dienst - leistungen für Unternehmen (vgl. Urk. 3/ 5 , Urk. 6/29 Ziff. 6) sich überhaupt in einem geringen Pensum von 20 %

bewerkstelligen lassen.

Wie ausgeführt (vorstehend E. 1 .4) , ist es nicht Aufgabe der Arbeitslosen - versicherung , die nach Gründung einer Firma anfänglich fehlenden Einnahmen zu ersetzen.

Ob, wie die Beschwerdegegnerin geltend machte, der Beschwerdeführer mit seiner Tätigkeit bei der Firma Z.____

bis zur Anmeldung beim RAV seinen Lebensunterhalt hat bestreiten können , oder , wie von Seiten des Beschwerdeführers geltend gemacht, er diesen mit seinem Ersparnissen hat finanzieren müssen, kann offen bleiben. So ist es

rechtsprechungsgemäss

nicht relevant, ob ein Einkommen erwirtschaftet oder für die Firma

effektiv eine Tätigkeit ausgeübt wurde (vgl. vorstehend E. 1 .4) . 3.3

Aufgrund des Gesagten ist der Beschwerdeführer als Selbständigerwerbender zu qualifizieren, weshalb er keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

Demnach ist der angefochtene Einspracheentscheid nicht zu beanstanden und die Beschwerde abzuweisen. 4 .

Im Rahmen der an dieser Stelle nicht vorzunehmenden Prüfung des Rückforderungsanspruches und des damit in Zusammenhang stehenden Erlassgesuches des Beschwerdeführers wird zu beachten sein, dass der Beschwerdeführer von Anfang an seine

Erwerbssituation deklarierte (vgl. Urk. 6/ 1- 2 , Urk. 6/3 Ziff.

E. 6

, Urk. 6/8). Am 3. Oktober 2013 gründete er die Firma Z.____ Beratung und Audit und liess sich selbst im Handelsregister des Kantons Zürich als Einzelverwaltungsrat eintragen (Urk. 6/ 18).

Am 25. Juli 2014 meldete sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung im Umfang von 80 % an (Urk. 6/ 1) und stellte den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab demselben Tag (Urk. 6/ 3 Ziff. 3).

Mit Verfügung vom 14 . November 2014 (Urk. 6/ 19) verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich einen Anspruch des Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 25. Juli 2014 infolge arbeitgeberähnlicher Stellung bei der Firma Z.____ . Zudem erklärte sie ihn für die vom 25. Juli bis 31. Oktober 2014 ausbezahlt Arbeitslosenentschädigung im Umfang von Fr. 15'783.70 für rückerstattungspflichtig. Am 24. November 2014 wurde der Versicherte per 30. November 2014 von der Stellenvermittlung wieder abgemeldet (Urk. 6/ 20) .

Die vom Versicherten am 30. November 2014 erhobene Einsprache (Urk. 6/ 22) wies die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich mit Einspracheentscheid vom 12. Mai 2015 (Urk. 2) ab. 2.

Der Versicherte erhob am 10. Juni 2015 Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 12. Mai 2015 (Urk. 2) und beantragte, dieser sei aufzuheben und es sei ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung von August bis November 2014 zu bejahen (Urk. 1 S. 1) .

Mit Beschwerdeantwort vom 6. Juli 2015 beantragte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich die Abweisung der Beschwerde (Urk. 5), was dem Beschwerdeführer am 7. Juli 2015 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk.

E. 8

). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 12

, Urk. 6/10-12 Ziff. 2, Urk. 6/17 Ziff. 2) . Die Verwaltung hatte somit Kenntnis von der Erwerbssituation des Beschwerdeführers,

weshalb sich die Frage stellen wird , ob sie ihn im Rahmen von Art. 27 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) ausreichend über die mit seinem Status als Selbstständigerwerbender verbundenen Risiken hinsichtlich seines Leistungsanspruchs aufgeklärt hat . Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.____ - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - 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 15. Juli bis und mit 1

5. 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
Mosimann
Schucan

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