

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00127 vom 28. Dezember 2018

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-12-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2017.00127

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00127 du 28 décembre 2018

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00127 del 28 dicembre 2018

Erwägungen

E. 1

Der 1961 geborene X.____ war zuletzt bis am 31. Oktober 2016 bei der Y.____ AG, als Managing Director angestellt. Ab dem 16. Januar 2015 war er sodann auch Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates der Y.____ AG. Am 1. November 2016 meldete er sich beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Z.____ zur Arbeitsvermittlung an und erhob

ab diesem Datum

Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Urk. 8/

E. 1.1

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit . c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (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, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung findet sich zwar in Art. 8 ff. AVIG keine Regelung, die dieser Norm zur Kurzarbeit entsprechen würde. Nach der Rechtsprechung gilt diese Regelung jedoch grundsätzlich auch für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (BGE 123 V 234 E. 7b/ bb).

Die Frage, ob eine arbeitnehmende Person einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehört und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen kann, ist aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten. Keine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt (BGE 123 V 234 E. 7a). Dies gilt insbesondere für die Gesellschafter einer GmbH (Art. 810 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Obligationenrecht, OR) sowie die mitarbeitenden Verwaltungsräte einer AG, für welche das Gesetz in Art. 716-716b OR verschiedene, nicht übertrag- und entziehbare, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmende oder massgeblich beeinflussende Aufgaben vor schreibt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_821/2013 vom 31. Januar 2014 E. 2).

E. 1.2

Damit eine versicherte Person in arbeitgeberähnlicher Stellung oder deren mitarbeitender Ehegatte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, muss sie mit dem Ausscheiden aus

dem Betrieb definitiv auch die arbeitgeberähnliche Stellung verlieren. Behält sie nach der Entlassung ihre arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann sie dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, verfügt sie nach wie vor über die unternnehmerische 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. Diese Rechtsprechung will nicht bloss dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, welches der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist (Urteile des Bundesgerichts C 255/05 vom 25. Januar 2006 und C 92/02 vom 14. April 2003; vgl. Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genève 2013, S. 15 ff. mit Hinweisen zur Rechtsprechung).

E. 1.3

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 (BGE 123 V 234 E. 7b/ bb, ARV 2000 Nr. 14 S. 67 und Nr. 15 S. 72).

E. 1.4

Der Handelsregistereintrag wird rechtsprechungsgemäss als wichtiges und einflussreiches handhabendes Kriterium berücksichtigt, um eine arbeitgeberähnliche Stellung zu beurteilen. Grundsätzlich wird erst mit der Löschung des Eintrags der arbeitgeberähnlichen Person im Handelsregister (SHAB-Publikation) für Dritte in verlässlicher Weise kundgetan, dass die Person definitiv aus der Firma ausgetreten ist respektive die arbeitgeberähnliche Stellung endgültig aufgegeben hat. Widersprechen die tatsächlichen Gegebenheiten eindeutig und nachweislich dem Handelsregistereintrag, ist von ersteren auszugehen. Kann etwa der tatsächliche Rücktritt in zeitlicher Hinsicht anhand eines Beschlusses der Generalversammlung (Rücktritt aus dem Verwaltungsrat) oder einer notariellen Urkunde (z.B. Übertragung der GmbH-Stammanteile an eine Drittperson) nachgewiesen werden, ist bereits dieser Zeitpunkt für das definitive Ausscheiden entscheidend (AVIG-Praxis ALE/B25-B28, B28).

Gemäss Urteil des Bundesgerichts 8C_245/2007 vom 22. Februar 2008 E. 3.2

(publiziert in : ARV 2008 N 6 S. 149 f.) ist in Angleichung an die Praxis nach Art. 52 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG)

zur Bestimmung des Zeitpunkts des Ausscheidens eines Verwaltungsratsmitglieds aus dem Verwaltungsrat der tatsächliche Rücktritt - vorliegend im Sinne des Rücktrittsschreibens - massgebend und nicht die Löschung im Handelsregister oder die Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 8C_102/2018 vom 21. März 2018 E. 6.3, mit Hinweis auf Urteil 8C_245/2007 vom 22. Februar 2008).

E. 1.5

Da der Streitwert Fr. 20'000.-- nicht übersteigt, fällt die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit (§

E. 4

,

E. 8

/21). 2.

Gegen den Einspracheentscheid vom 5. Mai 2017 (Urk. 2) erhob der Versicherte mit Eingabe vom 6. Juni 2017 Beschwerde (Urk. 1) und stellte folgende Anträge: « 1. Der Einspracheentscheid Nr. 43 vom 5. Mai 2017 sei aufzuheben. 2. Dem Beschwerdeführer sei für die Periode 1. November 2016 bis 9. November 2016 Arbeitslosenentschädigung zuzusprechen. 3. Unter Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.»

In ihrer Beschwerdeantwort vom 23. Juni 2017 (Urk. 7) beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, was dem Beschwerdeführer am 3. Juli 2017 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 10). Die Einzelrichterin zieht in Erwägung: 1.

E. 11

Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). 2.

2.1

Die Beschwerdegegnerin führte in ihrem Einspracheentscheid vom 5. Mai 2017 (Urk. 2) aus, der Beschwerdeführer sei vom 1. April 2014 bis 31. Oktober 2016 als Managing Director bei der Y.____ AG angestellt gewesen. Im Handelsregister des Kantons Zürich sei er bei dieser Gesellschaft vom 16. Januar 2015 bis 15. November 2016 als Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates eingetragen gewesen, wobei die Löschung seines Eintrages am 9. November 2016 beantragt worden sei. Damit habe aber von Gesetzes wegen die Möglichkeit einer massgeblichen Einflussnahme des Beschwerdeführers auf die Entscheidungen der Y.____ AG bestanden. Da erst mit der Löschung des Eintrags als arbeitgeberähnlichen Person im Handelsregister für Dritte in verlässlicher Weise kundgetan werde, dass die Person definitiv aus der Firma ausgetreten sei respektive die arbeitgeberähnliche Stellung endgültig aufgegeben habe, bestehe ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erst ab diesem Zeitpunkt. Folglich habe der Beschwerdeführer ab dem 10. November 2016 (dem Tag nach der Anmeldung der Löschung beim Handelsregisteramt) Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Mit der nach der Kündigung fortbestehenden Eintragung als Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates habe ein

abstraktes Risiko eines Rechtsmissbrauches bestanden. Da der Zweck von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG die Vermeidung von Missbräuchen sei, sei der Ausschluss der in dieser Bestimmung genannten Personen nach der Rechtsprechung absolut zu verstehen. Zugunsten des Beschwerdeführers sei vorliegend aufgrund der von ihm geltend gemachten besonderen Umstände ausnahmsweise bereits auf die Anmeldung beim Handelsregisteramt und nicht erst auf die publizierte Löschung abzustellen (S. 2 f.). 2.2

Der Beschwerdeführer brachte dagegen mit Beschwerdeschrift vom 6. Juni 2017 (Urk. 1) im Wesentlichen vor, es sei erstellt, dass er per 31. Oktober 2016 tatsächlich aus dem Betrieb ausgeschieden sei. Erstens sei die Kündigung zu diesem Zeitpunkt rechtskräftig geworden und zweitens sei er gleichentags auch aus dem Verwaltungsrat und als Delegierter des Verwaltungsrates zurückgetreten. Ferner habe die Arbeitgeberin bestätigt, dass ihm per 31. Oktober 2016 die technischen Möglichkeiten gesperrt worden seien und er gleichentags auch die Schlüssel und das Geschäftshandy abgegeben habe. Schliesslich habe die Arbeitgeberin auch Schritte unternommen, um den Beschwerdeführer als Organ aus dem Handelsregister löschen zu lassen. Da die zeichnungsberechtigten Personen aber erst später verfügbar gewesen seien, habe sich der Antrag zur Löschung im Handelsregister verzögert. Die Beschwerdegegnerin übersehe ebenfalls, dass der Beschwerdeführer im Handelsregister mit Kollektivunterschrift zu zweien eingetragen gewesen sei und deshalb allein gar nicht hätte handeln können. Das Abstellen auf die Löschung im Handelsregister sei nicht gerechtfertigt, da ein Anspruchsberechtigter auf den Zeitpunkt der Löschung nicht Einfluss nehmen könne und damit der Effizienz und dem Goodwill seines ehemaligen Arbeitgebers vollkommen ausgeliefert wäre, was in Konstellationen wie der vorliegenden völlig unbefriedigend sei (S. 2 ff.). 3. 3.1

Der Beschwerdeführer bestätigte mit Schreiben vom 12. Dezember 2016 (Urk. 8/11), zu keinem Zeitpunkt an der Y. AG beteiligt gewesen zu sein (Urk. 8/11). Als Verwaltungsratspräsident sowie Delegierter des Verwaltungsrates (vgl. Urk. 8/7)

ist jedoch von Gesetzes wegen auf eine massgebliche Entscheidungsbefugnis zu schliessen, weshalb er grundsätzlich vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auszuschliessen ist, solange er diese Funktionen bekleidet (E. 1.1). Zu prüfen ist, per wann beim Beschwerdeführer auf eine definitive Aufgabe dieser Funktionen zu schliessen ist (E. 1.2 ff.). 3.2

Aktenkundig ist in diesem Zusammenhang eine vom Beschwerdeführer verfasste Rücktrittserklärung hinsichtlich seiner Stellung als Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates der Y. AG, datiert vom 31. Oktober 2016 (Urk. 8/18 S. 37).

Dem am 31. Oktober 2016 ausgestellten Arbeitszeugnis (Urk. 8/13) ist sodann zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer seit dem 1. April 2014 als Managing Director für die A. und ab dem 16. Januar 2015 auch als Präsident des Verwaltungsrates und als Delegierter des Verwaltungsrates bis zum heutigen Tag im Unternehmen tätig gewesen ist (S. 52). Damit ist erstellt, dass die Rücktrittserklärung des Beschwerdeführers von der Y. AG am 31. Oktober 2016 entgegengenommen wurde. Dies wurde seitens der ehemaligen Arbeitgeberin auch nochmals in ihrem Schreiben vom 13. Januar 2017 (Urk. 8/18 S. 41) bestätigt.

In Nachachtung der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (E. 1.4) ist daher darauf zu schliessen, dass die definitive Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung durch den Beschwerdeführer vorliegend per 31. Oktober 2016 erfolgt ist,

so dass die tatsächlichen Gegebenheiten - die per 31. Oktober 2016 erfolgte Rücktrittserklärung des Beschwerdeführers, die seitens der Y. ___ AG gleichentags zur Kenntnis genommen wurde - die A ngaben im Handelsregister betreffend die Auf gabe der Funktionen als Verwaltungsratspräsident und -delegierter widerlegen. Darauf ist entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin abzustellen. Auf die am 9. November 2016 erfolgte Anmeldung zur Löschung im Handelsregister (Urk. 8/6 S. 70) sowie die per 15. November 2016 erfolgte Löschung (Urk. 8/7) k ommt es rechtsprechungsgemäss

nicht an (vgl. dazu auch AVIG-Praxis ALE B28) . Dies führt zu r

Gutheissung der Beschwerde unter Bejahung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. November 2016 , soweit die weiteren Voraussetzungen der Gewährung einer Arbeitslosenentschädigung erfüllt sind. 4.

Ausgangsgemäss hat der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer gestützt auf § 34 Abs. 1 und 3 GSVGer Anspruch auf eine Prozessentschädigung. Diese ist unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses beim praxisgemässen Stundenansatz von Fr. 220.-- (zuzü glich Mehr wertsteuer) auf Fr. 1 ' 2 00.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) festzusetzen und der B eschwerdegegnerin aufzuerlegen. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom

5. Mai 2017 aufgehoben mit der Feststellung, dass de r Beschwer deführer ab 1. November 2016 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, sofern auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschä digung von Fr. 1 ' 2 00.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4 .

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Christoph Lerch - 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 ge setzes 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, zuzu stellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweis mit tel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthal ten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizu legen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die EinzelrichterinDie Gerichtsschreiberin FehrNünlist

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