

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00173 vom 26. Februar 2018

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-02-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2017.00173](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2017.00173)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00173 du 26 février 2018

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00173 del 26 febbraio 2018

## Erwägungen

### E. 1

Der 1972 geborene X.\_\_\_\_ war vom 1. Januar 2011 bis 28. Februar 2017 als Geschäftsführer bei der Y.\_\_\_\_ angestellt und bewirtschaftete das Restaurant Z.\_\_\_\_ in A.\_\_\_\_ (Urk. 7/1 und Urk. 7/3). Daneben wirkte er auch bei der B.\_\_\_\_ als Delegierter des Verwaltungsrates (vgl. Urk. 7/18). Am 25. Januar 2017 meldete er sich zur Arbeitsvermittlung an (Urk. 7/1) und beantragte am 14. Februar 2017 Arbeitslosenentschädigung ab 1. März 2017 (Urk. 7/3). Seine Funktion als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung der Y.\_\_\_\_ endete am 28. Februar 2017, als er aus der Gesellschaft ausschied und seine Stammanteile an seine Ex-Ehefrau übertrug

(Urk. 7/15 und Scheidungsurteil vom 15. Dezember 2015, Urk. 7/26).

Mit Verfügung vom 21. April 2017 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, weil ihm in der B.\_\_\_\_ eine arbeitgeberähnliche Stellung zukomme (Urk. 7/28). Dagegen erhob X.\_\_\_\_ am 2. Mai 2017 Einsprache (Urk. 7/32) und reichte seine Demission aus dem Verwaltungsrat der B.\_\_\_\_ per 30. April 2017 ein (Urk. 7/32 S. 10). Vom 18. Mai bis 31. Juli 2017 arbeitete der Versicherte im Zwischenverdienst bei der Restaurant Z.\_\_\_\_, wo seine Schwester C.\_\_\_\_ alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin ist (Urk. 7/36), als Küchen-Cochef (vgl. Urk. 7/34-35, Urk. 7/37, Urk. 7/39, Urk. 7/46-47). Mit Einspracheentscheid vom 12. Juli 2017 wies die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich die Einsprache ab (Urk. 2).

### E. 1.1

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (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).

Damit eine versicherte Person in arbeitgeberähnlicher Stellung oder deren mit arbeitender 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 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.

### **E. 1.2**

Eine besondere Situation mit erhöhter Missbrauchsgefahr liegt rechtsprechungs gemäss auch dann vor, wenn verschiedene Firmen, welche von Mitgliedern der gleichen Familie beherrscht werden, 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 219/02 vom 17. März

2003 E. 2.3).

Bei einer solchen Vernetzung der Firmen kann es nicht genügen, um den Umgehungsstatbestand nicht zu erfüllen, sich im Handelsregister als Gesellschafter und Geschäftsführer der einen Firma streichen zu lassen, wenn damit die weit reichenden Bestimmungsmöglichkeiten über die Entscheidung des anderen Betriebs nicht verloren gehen (Urteil des Bundesgerichts 8C\_143/2012 vom 19. September 2012 E. 4.3). 2.

### **E. 2**

Dagegen erhob X.\_\_\_\_ am 7. August 2017 Beschwerde und beantragte, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und es sei ihm ab dem 1. März 2017 Arbeitslosenentschädigung zu gewähren (Urk. 1). Die Beschwerdegegnerin schloss mit Beschwerdeantwort vom 30. August 2017 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 6), was dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 4. September 2017 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 9).

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin verneinte eine Anspruchsberechtigung ab 1. März 2017 mit der Begründung, zwar habe der Beschwerdeführer bei seiner ehemaligen Arbeitgeberin Y.\_\_\_\_ angesichts seines Ausscheidens aus der Gesellschaft per 6. März 2017 und Übertragung sämtlicher Stammanteile an seine Ex-Ehefrau keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr inne. Auch aus der B.\_\_\_\_ sei er als Delegierter des Verwaltungsrates ausgeschieden, womit auch dort per 24. Mai 2017 seine arbeitgeberähnliche Stellung geendet habe. Jedoch sei der Beschwerdeführer – trotz Kündigung per Ende Februar 2017 – von Mai bis Juli 2017 wieder im Restaurant Z.\_\_\_\_ tätig gewesen. Dieses sei im Besitz seiner Schwester C.\_\_\_\_ (Restaurant Z.\_\_\_\_). Damit habe der Beschwerdeführer über seine Schwester nach wie vor die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft und könne jederzeit wieder eingestellt werden beziehungsweise sei wieder ein gestellt worden (Urk. 2).

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass er weder in der Restaurant Z.\_\_\_\_ noch bei anderen Gesellschaften eine arbeitgeberähnliche Stellung inne habe. Seine Schwester C.\_\_\_\_ habe das Restaurant anfangs März 2017 mit neuem Konzept und neuen Mitarbeitern übernommen. Allerdings habe der neue Küchenchef während der Probezeit entlassen werden müssen, weshalb er vorübergehend – bis zum Finden eines neuen Küchenchefs – diese Funktion vom 18. Mai bis 20. Juli 2017 übernommen habe. Zudem begründe das Geschwisterverhältnis keine derartige Nähe, dass von einer Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit ausgegangen werden könne (Urk. 1).

### **E. 2.3**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Ablehnung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung infolge arbeitgeberähnlicher Stellung des Beschwerdeführers zu Recht erfolgt ist.

### **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. 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/Genf 2013, S. 15 ff. mit Hinweisen zur Rechtsprechung).

#### **E. 4.1.1**

Massgebend für das Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat einer AG respektive aus der Geschäftsführung einer GmbH, womit auch die Eigenschaft einer arbeitgeberähnlichen Person wegfällt, ist das Datum des effektiven Ausscheidens aus der Gesellschaft und nicht

dasjenige der Löschung im Handelsregister oder der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (Urteil des Bundesgerichts C\_36/06 vom 22. August 2003 E. 3, BGE 126 V 134)

#### **E. 4.1.2**

Aktenkundig ist, dass der Beschwerdeführer bei der Y.\_\_\_\_ als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung wirkte und das Restaurant Z.\_\_\_\_ in A.\_\_\_\_ bewirtschaftete. Den Betrieb des Restaurants gab er per 28. Februar 2017 auf und seine Schwester lancierte den Neubetrieb ab anfangs März 2017. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin endete die arbeitgeberähnliche Stellung des Beschwerdeführers somit per 28. Februar 2017 mit der Aufgabe des Betriebes und Übertragung der Stammanteile und entsprechend dem effektiven Ausscheiden aus der Y.\_\_\_\_ und nicht erst per 6. März 2017 gemäss Tagesregistereintrag des Handelsregisters (Urk. 7/12, Urk. 7/15 und vgl. [www.hra.zh.ch](http://www.hra.zh.ch))

#### **E. 4.1.3**

Aus den Akten ergibt sich zudem, dass der Beschwerdeführer auch aus der B.\_\_\_\_ als Delegierter des Verwaltungsrates ausgeschieden ist (Urk. 7/38, vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 8C\_509/2007 vom 8. Mai 2008 E. 3.2). Gemäss Demissionsschreiben vom 30. April 2017 (Urk. 7/32 S. 10) trat der Beschwerdeführer per 30. April 2017 aus dem Verwaltungsrat der B.\_\_\_\_ zurück, womit seine arbeitgeberähnliche Stellung per diesem Datum endete (vgl. E. 4.1.1).

#### **E. 4.2.1**

Es stellt sich nun die Frage, ob er Beschwerdeführer aufgrund seiner vorübergehenden Beschäftigung als Küchen-Coach im Restaurant Z.\_\_\_\_, welches seine Schwester C.\_\_\_\_ unter der Firma Restaurant Z.\_\_\_\_ alleine führt, weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung als Ausschlussgrund gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG inne hatte. Fest steht, dass der Beschwerdeführer weder eine massgebliche Beteiligung an der besagten GmbH hat noch als ein Mitglied des Entscheidungsgremiums (hier Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH) im Handelsregister eingetragen ist (Urk. 7/36). Damit fällt eine formelle arbeitgeberähnliche Stellung ausser Betracht.

#### **E. 4.2.2**

Die Rechtsprechung in Bezug auf Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung schliesst auch Ehepartner der in Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG erwähnten Personen ein. Dieser persönliche Ausschlussgrund erfasst aber ausschliesslich Eheleute und darf grundsätzlich nicht auf andere verwandtschaftliche Verhältnisse wie Sohn, Bruder etc. ausgedehnt werden, ausser ein massgebender Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nachgewiesen werden (AVIG-Praxis ALE, Rz. B 24).

#### **E. 4.2.3**

Vorliegend führt C.\_\_\_\_ die Restaurant Z.\_\_\_\_ und ist gemäss Handelsregister alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift (vgl. Urk. 7/36). Der obgenannte Ausschlussgrund gilt vorliegend grundsätzlich also nicht, ausser eine relevante Einflussnahme könne nachgewiesen werden (vgl. E. 4.2.2).

In einer Erklärung zum Zwischenverdienst des Beschwerdeführers vom 21. Juli 2017 (Urk. 3/6) legte C.\_\_\_\_ glaubhaft dar, dass der Beschwerdeführer nur vorübergehend – vom 18. Mai bis 20. Juli 2017 (vgl. Kündigung vom 30. Juni 2017, Urk. 3/8) - bis zum Finden eines neuen Küchenchefs, nachdem der erste noch während der Probezeit habe entlassen werden müssen (Urk. 3/7), in ihrem Restaurant Z.\_\_\_\_ zur Unterstützung ausgeholfen habe.

Entgegen den Darlegungen der Beschwerdegegnerin (Urk. 2 S. 4 Ziff. 3), beste hen keine konkreten Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer die Aus schlussregelung von Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG mittels erfolgter Kündigung im Restaurant Z.\_\_\_\_ habe umgehen wollen. Der Beschwerdeführer legte vielmehr seinen im Restaurant Z.\_\_\_\_ erzielten Zwischenverdienst ge gen über der Beschwerdegegnerin ordnungsgemäss offen und reichte auch alle verlangten Unterlagen ein. Beim Restaurant Z.\_\_\_\_ handelt es sich zu dem um einen Familienbetrieb, der seit über 100 Jahren durch die Familie D.\_\_\_\_ betrieben wird. Eine vorübergehende Aus hilfe, wenn in der Küche eines Restaurants der Küchenchef fehlt, kann ange sichts der familiären Bedeutung dieses Betriebes ohne Weiteres erwartet werden. Zudem half der Beschwerdeführer nur teilzeitlich und als Küchen-Coach aus und war nicht als Restaurant-Leiter (wie zuvor) tätig. Auch der Umstand, dass der Beschwerdeführer nach einer erlittenen Krebserkrankung (vgl. Urk. 7/3 Ziff. 23) den Betrieb des Restaurants Z.\_\_\_\_ nicht mehr weiterführen wollte und eine neue Herausforderung suchte, spricht gegen die behauptete Umgehungsabsicht.

#### **E. 4.2.4**

Anhand der Zwischenverdienstmeldungen ( vgl. Urk. 7/34-35, Urk. 7/37, Urk. 7/39, Urk. 7/46-47 ), des vorliegenden Arbeitsvertrags für Mitarbeiter mit unregelmässigem Pensum vom 18. Mai 2017 als Küchen-Coach im Restaurant Z.\_\_\_\_ (Urk. 7/35 S. 3-4) sowie der glaubhaften Darlegungen von C.\_\_\_\_ vom 21. Juli 2017 (Urk. 3/6) kann davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer seiner Schwester C.\_\_\_\_ im Restaurant Z.\_\_\_\_ nur vorübergehend ausgeholfen hat und keinen massgebenden Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen des Betriebes genommen hat, weshalb er auch keine arbeitgeberähnliche Stellung inne hatte oder hat.

#### **E. 4.3**

Zusammengefasst ergibt sich, dass der Beschwerdeführer aus der Y.\_\_\_\_ per 28. Februar 2017 und aus der B.\_\_\_\_ per 30. April 2017

ausgeschieden ist (vgl. E. 4.1). Zudem hatte er in der Restaurant Z.\_\_\_\_ seiner Schwester C.\_\_\_\_ keine arbeitge berähnliche Stellung inne (vgl. E. 4.2). Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer mit der Demission der Organfunktion als Delegierter des Verwaltungsrates der B.\_\_\_\_ per 30. April 2017 seine arbeitgeberähnliche Stellung tat sächlich aufgegeben hat und er – vorbehältlich der Erfüllung der weiteren An spruchsvoraussetzungen - ab diesem Zeitpunkt (das heisst ab 1. Mai 2017) An spruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

Die Beschwerde ist dementsprechend teilweise gutzuheissen.

#### **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 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 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-Geiger

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