

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00208

vom 22. November 2017

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-11-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2017.00208

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00208 du 22 novembre 2017

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00208 del 22 novembre 2017

Erwägungen

E. 1

Am 12. April 2017 meldete sich X. ____, geboren 1970, beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) Zürich Hardturmstrasse zur Arbeitsvermittlung an und erhob Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab diesem Tag (Urk. 7/1 und 7/3). Mit Verfügung vom 10. Mai 2017 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich einen Anspruch des Versicherten für die Zeit ab 12. April 2017 mangels Erfüllung der Beitragszeit (Urk. 7/17). Die Einsprache des Versicherten vom 31. Mai 2017, mit welcher dieser geltend machen liess, die Rahmenfrist für die Beitragszeit sei entsprechend Art. 9a Abs. 2 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) für die Dauer der selbständigen Erwerbstätigkeit von Februar 2015 bis 30. April 2016, mithin um 15 Monate zu verlängern (Urk. 7/21), wies die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich mit Einspracheentscheid vom 12. Juli 2017 mit der Begründung, es sei aufgrund der Faktenlage davon auszugehen, dass der Versicherte, welcher seit 20. April 2017 mit der Einzelunternehmung O. ____ Versicherungs-/Finanz-Beratung im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist (vgl. Urk. 7/24), seine selbständige Tätigkeit faktisch nie aufgegeben habe, ab.

E. 1.1

Im angefochtenen Entscheid wurden die gesetzlichen Vorschriften zur Erfüllung der Beitragszeit (Art. 13 Abs. 1 AVIG) als eine der Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG) sowie zu den Rahmenfristen (Art. 9 AVIG) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

E. 1.2

Gemäss Art. 9a Abs. 1 AVIG wird die Rahmenfrist für den Leistungsbezug von Versicherten, die den Wechsel zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit ohne Bezug von Leistungen nach den Artikeln 71a-71d AVIG vollzogen haben, um zwei Jahre verlängert, wenn im Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug läuft (lit. a) und die versicherte Person im Zeitpunkt der Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit die Anspruchsvoraussetzung der genügenden Beitragszeit wegen Ausübung der selbständigen Erwerbstätigkeit nicht erfüllt (lit. b).

Die Rahmenfrist für die Beitragszeit von Versicherten, die den Wechsel zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit ohne Bezug von Leistungen vollzogen haben, wird um die Dauer der selbständigen Erwerbstätigkeit, höchstens jedoch um zwei Jahre verlängert (Art. 9a Abs. 2 AVIG; Urteil des Bundesgerichts 8C_383/2010 vom 28. September 2010 E. 2.2).

E. 1.3

Art. 9a AVIG erfasst jene Personen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ohne Unterstützung der Arbeitslosenversicherung (Art. 71a ff. AVIG) aufgenommen und wieder definitiv aufgegeben haben sowie bei (Wieder-)Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung die Mindestbeitragszeit im Sinne von Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 AVIG nicht erfüllen (Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], S. 2213 Rz 106).

Die definitive Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit wird sowohl bei der Verlängerung der Rahmenfrist für die Beitragszeit gestützt auf Art. 9a Abs. 2 AVIG als auch bei der Leistungsrahmenfristverlängerung nach Art. 9a Abs. 1 AVIG (zum Verhältnis von Art. 9a Abs. 1 und 9a Abs. 2 AVIG: BGE 133 V 82 E. 3) vorausgesetzt, was nach den Kriterien gemäss der mit BGE 123 V 234 begründeten Rechtsprechung zu beurteilen ist (Urteil des Bundesgerichts 8C_383/2010 vom 28. September 2010 E. 2.3 mit Hinweisen). Auch darauf hat die Beschwerdegegnerin richtig hingewiesen (vgl. E. 5 und 6 im angefochtenen Entscheid).

Wie Art. 71d Abs. 2 AVIG trägt Art. 9a AVIG dem erhöhten Risiko Rechnung, das mit der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit verbunden ist. Nach der ratio

legis soll die Tatsache allein, dass aufgrund einer nicht beitragswirksamen (vgl. Art. 3a Abs. 1 AVIG) selbständigen Erwerbstätigkeit keine genügende Beitragszeit generiert werden konnte, bei (Wieder-)Anmeldung zum Tag geldbezug den Anspruch nicht ausschliessen (BGE 133 V 82 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 8C_383/2010 vom 28. September 2010 E. 2.3).

E. 2

Gegen diesen Entscheid liess der Beschwerdeführer am 13. September 2017 Beschwerde erheben und beantragen, die Beschwerdegegnerin sei unter Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu verpflichten, ab 12. April 2017 die gesetzlichen Leistungen der Arbeitslosenversicherung zu erbringen (Urk. 1). Die Beschwerdegegnerin schloss in der Vernehmlassung vom 26. September 2017 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 6).

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit für die Entscheidfindung erforderlich, nachfolgend eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung:

- 1.

E. 2.1

Streitig ist der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 12. April 2017. Ausser Frage steht, dass der Beschwerdeführer bei einer vom 12. April 2015 bis 11. April 2017 dauernden ordentlichen Rahmenfrist die Mindestbeitragszeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 1 AVIG mit den während 11 Monaten ausgeübten beitragswirksamen Beschäftigungen bei der HSB Swiss AG (vgl. Arbeitgeberbescheinigung vom 5. Mai 2017, Urk. 7/15) und bei der Swiss Life Select Schweiz AG (vgl. Arbeitgeberbescheinigung vom 19. April 2017, Urk. 7/8) nicht erfüllt.

Uneinigkeit besteht jedoch darüber, ob aufgrund einer vom Beschwerdeführer am 1. März 2015 aufgenommenen und gemäss seinen Angaben am 30. April 2016 beendeten selbständigen Tätigkeit als Versicherungsvermittler im Rahmen einer Einzelfirma eine Verlängerung der Rahmenfrist für die Beitragszeit gestützt auf Art. 9a Abs. 2 AVIG zum Tragen kommt, was die definitive Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit spätestens

am 11. April 2017 bedingt.

E. 2.2

Die Beschwerdegegnerin verneinte die Möglichkeit einer Verlängerung der Rahmenfrist für die Beitragszeit gemäss Art. 9a Abs. 2 AVIG mit der Begründung, es sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seine Selbständigkeit faktisch nie aufgegeben habe. Die zeitliche Abfolge der Ereignisse, so der Umstand, dass der Beschwerdeführer direkt im Anschluss an die von ihm behauptete Aufgabe seiner Selbständigkeit per 30. April 2016 wieder in einem Arbeitsverhältnis gestanden sei und direkt nach Beendigung dieser Anstellung per Ende März 2017 ab 20. April 2017 mit der Einzelunternehmung O.____

Versicherungs-/Finanzberatung im Handelsregister eingetragen, mithin wiederum selbständig tätig gewesen sei, spreche gegen die Annahme einer definitiven Aufgabe der Selbständigkeit in der ordentlichen Rahmenfrist für die Beitragszeit; indem der Beschwerdeführer seinen (vorübergehend stillgelegten) Betrieb wieder reaktiviert habe, erfülle er die Voraussetzungen einer arbeitgeberähnlichen Stellung (Urk. 2).

E. 2.3

Der Beschwerdeführer lässt dem entgegenhalten, dass er nach Beendigung seines vom 1. Mai 2013 bis 31. Januar 2015 dauernden Arbeitsverhältnisses mit der AXA Winterthur die Tätigkeit als selbständiger Versicherungsvermittler habe aufnehmen wollen. Hierfür habe er am 1. März 2015 eine nicht im Handelsregister eingetragene Einzelfirma gegründet. Es sei ihm jedoch in der Folge nicht gelungen, die für eine erfolgreiche Selbständigkeit als Vermittler notwendigen Verträge mit Versicherungsgesellschaften abzuschliessen, weshalb er während seiner selbständigen Tätigkeit keinen Umsatz erzielt habe. Zu Beginn des Jahres 2016 habe er erkennen müssen, dass sein Projekt „Selbständigkeit“ gescheitert sei. Aufgrund dessen habe er seine Einzelfirma am 30. April 2016 wieder aufgelöst und am 1. Mai 2016 eine Tätigkeit als Versicherungsbroker bei der HSB Swiss AG angetreten.

Ab dem 13. September 2017 bis und mit 31. Oktober 2017 (richtig: 13. September 2016 bis und mit 31. Oktober 2016) sei er zweitberuflich und ab dem 1. November 2017 (richtig: 1. November 2016) hauptberuflich bei der Swiss Life Select Schweiz AG als Finanzberater tätig gewesen. Da er diese Tätigkeiten als zu einseitig empfunden habe, habe er per 31. März 2017 gekündigt und sich am 12. April 2017 beim RAV angemeldet. Da er es nochmals mit der selbständigen Tätigkeit habe versuchen wollen, habe er am 20. April 2017 das Einzelunternehmen O.____ Versicherungs-/Finanzberatung in das Handelsregister eintragen lassen. Mit dem Aufbau des Betriebs habe er jedoch noch nicht begonnen, da er hierfür mangels finanzieller Mittel auf die Taggelder zur Förderung der selbständigen Tätigkeit angewiesen sei, um welche er am 4. Mai 2017 ersucht habe.

Dieses neu eingetragene Einzelunternehmen stehe in keinem Zusammenhang mit dem Einzelunternehmen, welches er vom 1. März 2015 bis 30. April 2016 geführt habe. Da letzteres mangels Umsatz nicht funktioniert habe, sei es falsch, von der Aufrechterhaltung der Selbständigkeit und des Einzelunternehmens auszugehen. Selbst wenn die Einzelfirma nicht aufgelöst worden wäre, bestünde kein Rechtsmissbrauchsrisiko im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 123 V 234), hätte er doch mangels Erfolgs der damaligen Einzelfirma den Betrieb gar nicht reaktivieren können (Urk. 1 S. 3 ff.)

E. 3

Zustellung gegen Empfangsschein an: - AXA-ARAG Rechtsschutz AG - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

E. 3.1

Vorweg festzuhalten ist, dass nach ständiger Rechtsprechung für die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft in der Arbeitslosenversicherung das formell rechtskräftig geregelte AHV-Beitragsstatut massgebend ist, sofern sich dieses nicht als offensichtlich unrichtig erweist (BGE 119 V 156 E. 3a). Nur wenn sich trotz zumutbarer Abklärung bei Ausgleichskasse und Arbeitgebern kein formell rechtskräftiges Beitragsstatut eruieren lässt, kommt eine freie Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft in Betracht (Urteil des Bundesgerichts 8C_925/2012 vom 28. Mai 2013 E. 3.3 mit Hinweis).

E. 3.2

Den Akten zu entnehmen ist, dass der Beschwerdeführer vom 1. Juli 2004 bis 30. April 2016 der Ausgleichskasse des Kantons Schwyz als Selbständigerwerbender angeschlossen war (Urk. 3/8). Nachdem er seine am 31. Dezember 2013 angetretene Stelle als Versicherungsberater bei der AXA Versicherung per 31. Januar 2015 gekündigt hatte (vgl. Urk. 3/4), führte er die selbständige Tätigkeit als Versicherungsberater gemäss Bestätigung der Ausgleichskasse Schwyz vom 4. März 2015 ab 1. März 2015 neu im Hauptgewerbe (Urk. 3/9). Mit Schreiben vom 23. Juni 2016 teilte der Beschwerdeführer der Ausgleichskasse Schwyz die Aufgabe der selbständigen Tätigkeit per 30. April 2016 mit, da er das geplante Einkommen nicht habe erreichen können und seine Geschäftsidee nicht funktioniert habe (Urk. 3/5). Gemäss den der Ausgleichskasse Schwyz gemeldeten Geschäftsabschlüssen 2015/2016 betrug das Reineinkommen 2015 aus der selbständigen Tätigkeit Fr. 3'275.--, dasjenige im Jahr 2016 Fr. 0.-- (vgl. Urk. 3/6, 3/10). Die Ausgleichskasse Schwyz teilte dem Beschwerdeführer entsprechend am 13. Juli 2016 die Aufhebung seines Abrechnungskontos per 30. April 2016 mit (Urk. 3/7). Am 1. Mai 2016 trat der Beschwerdeführer sodann gemäss Arbeitgeberbestätigung eine 100%-Stelle als Kundenberater bei der HSB Swiss AG an (vgl. Urk. 7/15).

Diese Aktenlage legt den Schluss zwar nahe, dass der Beschwerdeführer seine seit 2004 teilweise neben-, seit Februar 2015 hauptberuflich ausgeübte selbständige Beratertätigkeit per 30. April 2016 definitiv aufgab, nachdem diese ohne Erfolg geblieben war. Zweifel an der definitiven Geschäftsaufgabe der dann zumal nicht im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma drängen sich aber – wie die Beschwerdegegnerin zu Recht darlegte – aufgrund der Abfolge der nachfolgenden Ereignisse auf. Zunächst fällt auf, dass der Beschwerdeführer, welcher gemäss eigenen Angaben seine Arbeitsstelle bei der HSB Swiss AG per 30. September 2016 gekündigt hatte, weil sie ihm zu einseitig gewesen sei (Urk. 1 S. 3), im Rahmen dieses vom 1. Mai bis 30. September 2016 dauernden Arbeitsverhältnisses insgesamt nur Fr. 6'300.--verdiente (vgl. Lohnausweis vom 22. September 2016, Urk. 7/14). Aufgrund des sodann bereits am 13. September 2016, zunächst „zweitberuflich“, ab 1. November 2016 gemäss Arbeitgeberbestätigung angeblich hauptberuflich angetretenen Arbeitsverhältnisses mit der Swiss Life Select Schweiz AG, welches der Beschwerdeführer per 31. März 2017 wieder kündigte (vgl. Urk. 7/8), erzielte der Beschwerdeführer ein Gesamteinkommen von lediglich Fr. 9'502.15.

Im Rahmen dieses auf einem Agenturvertrag basierenden Vertragsverhältnisses (vgl. Urk. 7/5, 7/7, 7/9, 7/10), welches die Beschwerdegegnerin als unselbständige

Erwerbstätigkeit anerkannte (vgl. Urk. 2 S. 3), war der Beschwerdeführer in zeitlicher Hinsicht frei (vgl. Urk. 7/8 S. 1). Gemäss Art. 3.2 des Agenturvertrags verpflichtete sich der Beschwerdeführer zwar überwiegend, nicht aber ausschliesslich für die Swiss Life Select Schweiz AG tätig zu sein (Urk. 7/10 S. 3).

Ob der Beschwerdeführer während der laufenden Vertragsverhältnisse mit der HSB Swiss AG und der Swiss Life Select Schweiz AG den Status des Selbständigerwerbenden im Rahmen seiner Einzelfirma beibehalten hat und tatsächlich weiterhin Arbeitszeit in seine Einzelfirma investiert hat, lässt sich beweismässig bei der gegebenen Aktenlage nicht erhärten. Jedoch ist mit der analogen Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich, sondern bereits dem Risiko eines solchen zu begegnen (Urteil des Bundesgerichts C 117/04 vom 2. November 2004 E. 2.4 mit Hinweis). Hinzu kommt, dass die Arbeitslosenversicherung, auch wenn es sich grundsätzlich mit der gesetzlichen Schadenminderungspflicht vereinbaren lässt, dass arbeitslose Personen sich auch um Möglichkeiten zum Aufbau einer selbständigen Tätigkeit umsehen, nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken bezweckt. Es reicht entsprechend nicht, wenn eine versicherte Person in Zeiten schlechter Auftragslage bereit und in der Lage ist, eine (Teilzeit-)Tätigkeit anzunehmen (ARV 2009 N 18 E. 4.3).

Ob die sehr tiefen Einkommen während der Agenturverhältnisse mit der HSB Swiss AG und der Swiss Life Select Schweiz AG mit einer bloss teilzeitlichen Tätigkeit für dieselben bei gleichzeitig weiterbetriebener selbständiger Tätigkeit in Zusammenhang stehen, lässt sich nicht abschliessend feststellen. Der Umstand aber, dass der Beschwerdeführer sein Einzelunternehmen O.____ Versicherungs-/Finanz-Beratung bereits am 20. April 2017, mithin knapp drei Wochen nach Auflösung des von ihm gekündigten Agenturvertrags mit der Swiss Life Select Schweiz AG und lediglich 8 Tage nach Anmeldung zur Arbeitsvermittlung beim RAV, im Handelsregister des Kantons Zürich eintragen liess, deutet darauf hin, dass er seine selbständige Tätigkeit ohnehin weiterführen respektive wieder aufnehmen wollte. Dieser Schluss findet Bestätigung in den Einstellungsverfügungen vom 31. Juli 2017 (Urk. 7/30, 7/31) und 8. September 2017 (Urk. 7/34), welchen zu entnehmen ist, dass der Beschwerdeführer zumindest in den Monaten April, Juni und August 2017 gar keine oder ungenügende Arbeitsbemühungen aufweisen konnte.

Die Beschwerdegegnerin stellte sich bei der gegebenen Sachlage folglich zu Recht auf den Standpunkt, dass trotz der Abmeldung des Beschwerdeführers bei der AHV-Ausgleichskasse Schwyz als Selbständigerwerbender nicht von einer definitiven Aufgabe der Selbständigkeit innert der Rahmenfrist für die Beitragszeit auszugehen ist und der Beschwerdeführer seinen möglicherweise vorübergehend stillgelegten Betrieb jederzeit reaktivieren konnte, zumal sich die unselbständig ausgeübte im Wesentlichen mit der selbständig ausgeübten Tätigkeit deckte. Dass er im Rahmen seiner selbständigen Tätigkeit – wie auch im Rahmen der unselbständigen – nur wenig oder zeitweise gar keinen Umsatz generierte, ändert hieran nichts, würde doch ein Abstellen auf das effektiv erzielte Einkommen, eine wirksame Missbrauchskontrolle praktisch verunmöglichen (Urteil des Bundesgerichts C 277/05 vom 12. Januar 2007 E. 3/4).

Anzufügen bleibt, dass eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit im Sinne von Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG einem Anspruch auf Unterstützungsleistungen nach Art. 71a Abs. 1 und 2 AVIG entgegensteht. Wer selbstverschuldet arbeitslos wird, nimmt als zusätzliche Sanktion zur Einstellung in der Anspruchsberechtigung den Verlust des Anspruchs auf

Förderungsbeiträge in Kauf. Dahinter steht ebenfalls der Gedanke der Missbrauchsverhütung. Eine versicherte Person, die sich ohnehin selbständig machen will, soll nicht die Auflösung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen und sich auf Kosten der Arbeitslosenversicherung die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit finanzieren lassen können (Botschaft BBl 1994 I 363; Urteile des Bundesgerichts C 122/00 vom 30. März 2001 und C 331/99 vom 27. Dezember 1999).

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos.

E. 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 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
Die Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Grünig Gasser Küffer

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