

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00021 vom 19. März 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-03-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00021

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00021 du 19 mars 2019

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00021 del 19 marzo 2019

Erwägungen

E. 1.1

Nach Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) beträgt die Einsprachefrist 30 Tage.

Einsprachen müssen nach Art. 10 Abs. 1 der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV) ein Rechtsbegehren und eine Begründung enthalten. Die Einsprache kann gemäss Art. 10 Abs. 3 ATSV wahlweise schriftlich oder bei persönlicher Vorsprache mündlich erhoben werden. Genügt die Einsprache den Anforderungen nach Art. 10 Abs. 1 ATSV nicht oder fehlt die Unterschrift, so setzt der Versicherer gemäss Art. 10 Abs. 5 ATSV eine angemessene Frist zu Behebung der Mängel an und verbindet damit die Androhung, dass sonst auf die Einsprache nicht eingetreten wird.

E. 1.2

Es steht fest, dass der Beschwerdeführer gegen die Verfügung vom 13. September 2017 (Urk. 7/16) mit der Eingabe vom 29. September 2017 zwar innert der 30tägigen Frist Einsprache erhoben hatte (Urk. 7/17), dass diese jedoch weder einen Antrag noch eine Begründung enthalten hatte und der Beschwerdeführer dem entsprechend in Aussicht gestellt hatte, ein Einspracheschreiben nachzureichen. Ungenügend achtet dessen, dass bis zum Ablauf der Einsprachefrist noch fast zwei Wochen verblieben, gewährte ihm die Beschwerdegegnerin jedoch am Tag des Eingangs der Eingabe vom 29. September 2017 - am 2. Oktober 2017 - eine Frist bis zum 26. Oktober 2017, um die Einsprache zu begründen (Urk. 7/18), was auf eine rund zehntägige Nachfrist ab Ablauf der ordentlichen Einsprachefrist hinauslief. Diese Frist verlängerte sie alsdann mit Schreiben vom 11. Oktober 2017 unter Hinweis auf ein telefonisches Gesuch um nochmals rund 30 Tage bis am 15. November 2017 (Urk. 7/19).

Ob dieses Vorgehen der Beschwerdegegnerin mit dem Gesetz vereinbar ist, erscheint als fraglich. Denn die Nachfristgewährung mit dem Schreiben vom 2. Oktober 2017 war deshalb nicht erforderlich, weil die ordentliche Einsprachefrist zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen war, und die Verlängerung der Frist mit dem Schreiben vom 11. Oktober 2017 kam einer Erstreckung der Einsprachefrist gleich, was nach der Vorschrift in Art. 40 Abs. 1 ATSG nicht zulässig gewesen wäre, da es sich bei der Einsprachefrist nach Art. 52 Abs. 1 ATSG um eine gesetzliche und somit um eine nicht erstreckbare Frist handelt. Das ungesetzliche Vorgehen konnte sich indessen für den Beschwerdeführer nicht nachteilig auswirken. Er war nämlich zur Zeit, als er die beiden fristverlängernden Schreiben der Beschwerdegegnerin erhielt, noch nicht rechtskundig vertreten und durfte daher auf die Rechtmässigkeit der Fristverlängerungen vertrauen. Unter diesen Umständen kann es ihm auch nicht schaden, dass sein Rechtsvertreter, den er erst am 31. Oktober 2017 mandatierte

und der gleichentags um Akteneinsicht ersuchte (Urk. 7/20), die begründete Einspracheschrift nicht früher als mit der Eingabe vom 13. November 2017 einreichte (Urk. 7/23). Denn es liegt kein Tatbestand vor, der das Verhalten des Beschwerdeführers oder seines Vertreters als rechtsmissbräuchlich im Sinne der Rechtsprechung zur Einhaltung der Beschwerde- oder der Einsprachefrist erscheinen lassen würde (vgl. hierzu BGE 134 V 162 E. 4.1, 5.1 und 5.2; Urteil des Bundesgerichts 8C_28/2011 vom 26. Mai 2011, E. 2.2). Die Beschwerde ist daher materiell zu behandeln.

E. 2

.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 dort erforderlich, wo sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst zwingend ergibt. Die höchst richterliche Rechtsprechung schliesst daher den mitarbeitenden Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, 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).

Gleiches gilt nach der Rechtsprechung für die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Urteil des Bundesgerichts 8C_608/2007 vom 9. Juni 2008 E. 3.2 mit Hinweisen). 2.2.4

Dort, wo mehrere Gesellschaften eng miteinander verbunden sind und ein Firmenkonglomerat bilden, beurteilt die Rechtsprechung die arbeitgeberähnliche Stellung erst dann als aufgegeben, wenn die versicherte Person in keiner der miteinander verflochtenen Gesellschaften dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium mehr angehört (vgl. BGE 133 V 249 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 8C_143/2012 vom 19. September 2012 E. 4.3). Es reicht also nicht aus, wenn die versicherte Person nur in jener Gesellschaft das oberste betriebliche Entscheidungsgremium verlässt, die ihre frühere Arbeitgeberin war.

E. 2.1

Eine arbeitslose Person hat unter den Voraussetzungen in Art. 8 ff. des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzent schädigung (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. Die tatsächliche Lohnzahlung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine selbstständige Anspruchsvoraussetzung, aber immerhin ein erhebliches Indiz für eine tatsächlich ausgeübte Arbeitnehmertätigkeit (BGE 131 V 444 E. 3).

E. 2.3

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.

E. 3

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Thomas Reich - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

E. 3.1

Der Beschwerdeführer hatte in der Z.____, mit der er von September 2015 bis Dezember 2016 in einem Arbeitsverhältnis stand und in der er gleichzeitig Geschäftsführer mit Einzelunterschriftsberechtigung und einziges Verwaltungsmitglied war, fraglos eine arbeitgeberähnliche Stellung im Sinne der dargelegten Rechtsprechung inne. Unbestritten ist sodann auch, dass der Beschwerdeführer die arbeitgeberähnliche Stellung in der Z.____ mit der Aufgabe der Funktionen des Geschäftsführers und des Verwaltungsratsmitglieds per 26. Mai 2017 und der entsprechenden Löschung im Handelsregister am 6. Juni 2017 (Datum des Eintrags im Tagesregister; Urk. 7/25) einbüsste.

Aus dem gerichtlich abgerufenen Internet-Handelsregisterauszug vom 9. August 2018, dessen Inhalt im Rahmen des rechtlichen Gehörs nicht in Frage gestellt wurde, ergibt sich jedoch, dass am 10. November 2016 (Datum des Eintrags im Tagesregister) die C.____ mit dem Zweck der Erbringung von gastronomischen Dienstleistungen aller Art gegründet wurde, in welcher der Beschwerdeführer vorerst einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift war und zudem das gesamte Stammkapital von Fr. 20'000.-- hielt (Urk. 10/1). Diese Alleinherrschaft verlieh ihm ohne Zweifel eine arbeitgeberähnliche Stellung in dieser Gesellschaft. Unzweifelhaft bestand des Weiteren eine enge Verbindung zwischen der C.____ und der Z.____; beide Gesellschaften, die den Sitz am gleichen Ort an der D.____ hatten, bezweckten die Erbringung von Leistungen im Bereich der Gastronomie.

Der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung konnte somit auch nach seinem Ausscheiden aus der Z.____ solange nicht entstehen, als er die arbeitgeberähnliche Stellung bei der C.____ noch innehatte.

E. 3.2

Gemäss Handelsregisterauszug blieb die Eintragung vom 10. November 2016 bis am 21. Dezember 2017 stehen.

Erst an diesem Tag (Datum des Eintrags im Tagesregister) ist der Übergang der Funktion des Geschäftsführers an A.____ registriert. Der Beschwerdeführer blieb jedoch als

alleiniger Gesellschafter eingetragen, wenn auch ohne Zeichnungsberechtigung, und hielt weiterhin das gesamte Stammkapital (Urk. 10/1).

Der Beschwerdeführer liess indessen in der Stellungnahme vom 3. September 2018 vorbringen, er habe die Gesellschaft bereits am 28. Juni 2017 an A.____ verkauft, aus Unwissenheit der beteiligten Parteien sei dies jedoch nicht korrekt erfolgt (Urk. 13 S. 2). Als Beleg liess er das «Protokoll der Generalversammlung der C.____, mit Sitz in Zürich» vom 28. Juni 2017 einreichen, worin die Wahl von A.____ «als neues Mitglied des Verwaltungsrates» und die Abberufung des Beschwerdeführers «als Mitglied des Verwaltungsrates» dokumentiert sind (Urk. 14/1). Des Weiteren liess er die «Wahlannahmeerklärung» von A.____ gleichen Datums beibringen (Urk. 14/3), und schliesslich liess er eine aktuelle schriftliche Bestätigung von A.____ vom 29. August 2018 vorlegen, wonach dieser die C.____ am 28. Juni 2017 übernommen habe und der Beschwerdeführer ab diesem Datum keine geschäftlichen Beziehungen mehr zu dieser Gesellschaft gehabt habe und somit auch keinen Lohn und keine geldwerten Leistungen erhalten habe (Urk. 14/6).

E. 3.3

Diese Vorbringen und Unterlagen reichen nicht aus, um die Stellung des Beschwerdeführers, wie sie sich aus der Eintragung im Handelsregister ergibt, als den tatsächlichen Verhältnissen widersprechend erscheinen zu lassen.

Zwar mag der Umstand, dass die Übertragung der Geschäftsführung vom Beschwerdeführer auf A.____ erst am 21. Dezember 2017 im Handelsregister eingetragen wurde, damit zusammenhängen, dass im Protokoll vom 28. Juni 2017 von Generalversammlung und Verwaltungsrat die Rede ist statt richtigerweise nach GmbH-Recht von Gesellschafterversammlung (Art. 804 ff. OR) und Geschäftsführung (Art. 809 ff. OR; vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Auflage, Bern 2018, § 18 Rz 25). Auch nach der Löschung seiner Geschäftsführungsfunktion blieb der Beschwerdeführer jedoch als Gesellschafter und als Halter des Stammkapitals im Handelsregister eingetragen; gelöscht wurden diese Funktionen erst am 26. April 2018 (Datum der Eintragung im Tagesregister), nachdem A.____ anlässlich einer Gesellschafterversammlung vom 23. April 2018 als neuer Gesellschafter eingesetzt und der Beschwerdeführer selber (nochmals) als Geschäftsführer abberufen worden war (Urk. 14/4) und nachdem der Beschwerdeführer seine Stammanteile mit Vertrag gleichen Datums an A.____ übertragen hatte (Urk. 14/3). Diese Vorgänge vom 23. April 2018 hatten indessen im vorgängigen Protokoll vom 28. Juni 2017 noch keinerlei Niederschlag gefunden.

Auch wenn der Beschwerdeführer daher bereits Ende Juni 2017 nicht mehr Geschäftsführer der C.____ gewesen sein sollte, so verfügte er mit seinen weiteren Funktionen als alleiniger Gesellschafter und Halter des Stammkapitals doch immer noch über eine beherrschende Stellung in dieser Gesellschaft, die ihm insbesondere erlaubt hätte, sich die Geschäftsführung und die Unterschriftsberechtigung wieder zu erteilen (vgl. Art. 804 Abs. 2 Ziffer 2 und Art. 815 Abs. 2 OR Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, a.a.O., § 18 Rz 108 f. und Rz 124). Die Aufgabe der Geschäftsführungsfunktion für sich allein konnte zudem auch deshalb nicht ausschlaggebend sein, weil die C.____ nach eigenem Bekunden des Beschwerdeführers in der Stellungnahme vom 3. September 2018 gar nie eine geschäftliche Aktivität entwickelt hatte (Urk. 13 S. 2), sondern von ihm nur zum Zwecke der Erschliessung neuer Berufsfelder gegründet worden war (Urk. 13 S. 2), und zwar kurz vor

der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Z.____. Dies ist indessen genau der Sachverhalt, der mit der Umgehungsrechtsprechung anvisiert wird: Es soll verhindert werden, dass jemand Arbeitslosenentschädigung beziehen kann, der kraft seiner beherrschenden Stellung im ehemaligen Arbeitgeberbetrieb oder in einem mit ihm verbundenen Betrieb die Möglichkeit hat, sich für die gleiche, aber auch für verwandte Tätigkeiten erneut einzustellen. Deshalb spielt es auch keine Rolle, dass der Beschwerdeführer entsprechend der Erklärung von A.____ vom 29. August 2018 (Urk. 14/6) nach dem 28. Juni 2017 keine geschäftliche Beziehung zur C.____ unterhielt und von dieser keine Zahlungen bezog. Ebenfalls nicht erheblich ist, dass das Restaurant B.____, in dem der Beschwerdeführer tätig gewesen war, am 30. Januar 2017 verkauft worden war (Kaufvertrag zwischen der Z.____ und der E.____ in Urk. 3/5), da die Stellung in der GmbH es dem Beschwerdeführer jederzeit erlaubt hätte, eine Beteiligung an einem anderen Restaurantsbetrieb zu erwirken.

E. 3.4

Dem Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung im massgebenden Beurteilungszeitraum bis zum Datum des angefochtenen Einspracheentscheids vom 4. Dezember 2017 steht somit entgegen, dass er dazumal bei der C.____ immer noch eine arbeitgeberähnliche Stellung bekleidete.

Der Austritt des Beschwerdeführers aus dem «Verwaltungsrat» der C.____ vom 28. Juni 2017 mag damit zusammenhängen, dass der Beschwerdeführer der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Anspruchsvoraussetzung der Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung genügen wollte. Diese Voraussetzung war ihm offensichtlich bekannt, da er im Antragsformular ab demjenigen Tag Arbeitslosenentschädigung geltend machte, an dem er aus dem Verwaltungsrat der Z.____ ausgetreten war (vgl. Urk. 7/3 und Urk. 7/4 S. 1). Unter diesen Umständen liess der Beschwerdeführer zu Recht nicht vorbringen, die Beschwerdegegnerin habe ihn in Verletzung ihrer Aufklärungs- und Beratungspflicht (Art. 27 ATSG; vgl. BGE 133 V 249) nicht über das weitere Erfordernis der Aufgabe seiner beherrschenden Stellung in der GmbH informiert. Eine darüber hinausgehende Informationspflicht, die auch die Aufklärung über die einzelnen Vorkehren zur Aufgabe der beherrschenden Stellung umfasst hätte, bestand ohnehin nicht, zumal der Beschwerdeführer im Antragsformular, das vom 16. Juni 2017 und somit vor dem Austritt aus dem «Verwaltungsrat» datiert, nicht nur die Frage nach einer beherrschenden Stellung im ehemaligen Arbeitgeberbetrieb, sondern - unrichtigerweise - auch die Frage nach einer solchen Stellung in einem anderen Betrieb verneint hatte (Urk. 7/4 S. 3).

E. 3.5

Damit ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung in der Zeit bis zum 4. Dezember 2017 wegen dessen arbeitgeberähnlicher Stellung in der C.____ zu verneinen, und es braucht nicht mehr geprüft zu werden, ob er auch mangels Erfüllung der Beitragszeit oder mangels Bestimmbarkeit des versicherten Verdienstes verneint werden müsste. Auf die Ausführungen der Parteien hierzu muss daher nicht näher eingegangen werden.

Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos.

E. 4

Gegen diese Entscheidung 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 bei zulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin GrünigKobel

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