

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00121 vom 12. Dezember 2018**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-12-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2018.00121](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2018.00121)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00121 du 12 décembre 2018

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2018.00121 del 12 dicembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

) und stellte am 9. Oktober 2017 bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (nachfolgend: ALK) den Antrag auf Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Januar

2018 (Urk. 6/7).

Mit Verfügung vom 26. Januar 2018 verneinte die ALK

einen Anspruch von X.\_\_\_\_ auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Januar 2018

in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; Urk. 6/20).

Die dagegen erhobene Einsprache des Versicherten vom

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c 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 ; vgl. auch BGE 142 V 263 E. 4.1 und E. 5.2 ).

### **E. 1.2**

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).

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 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. 3**

AVIG genannten Personen sei nach der Rechtsprechung absolut zu verstehen. Dies bedeute, dass der arbeitgeberähnlichen Person ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht nachgewiesen werden müsse, um die Anspruchsberechtigung zu verneinen. Daher vermöchten die Vorbringen des Beschwerdeführers, dass er selber keine arbeitgeberähnliche Stellung habe und seine Ehefrau nicht alleine Gesellschaftsbeschlüsse fällen könne, nichts am Entscheid zu ändern (Urk. 2 S. 2 f.). 2.2

Dagegen wendet der Beschwerdeführer ein,

es werde bestritten, dass er im Zeitpunkt der Kündigung eine arbeitgeberähnliche Stellung im betreffenden Betrieb gehabt habe. Denn er sei Mitte 2016 aus der A.\_\_\_\_ GmbH ausgetreten und seine Unterschrift (Berechtigung) sei erloschen, mithin mehr als ein Jahr vor der Kündigung. Seinen hälftigen Gesellschaftsanteil habe im Juli 2016 seine Ehefrau und am 13. Dezember 2016 habe Herr C.\_\_\_\_

den anderen hälftigen Gesellschaftsanteil gekauft. Seine Ehefrau sei heute somit ebenfalls nur hälftige Inhaberin der GmbH und könne alleine keine Gesellschaftsbeschlüsse fällen.

Per Ende 2017 sei der Pachtvertrag der GmbH nach längerem Streit mit dem Vermieter aufgehoben worden und es sei allen Mitarbeitern gekündigt worden. Sein Arbeitsplatz könne auch nicht irgendwann wieder aktiviert werden. Das Restaurant sei nun seit mehr als drei Monaten geschlossen und seine Ehefrau arbeite mittlerweile als Betreuerin. Die GmbH verfüge über keinerlei Aktiva mehr und sei faktisch Konkurs gegangen. Die Löschung als Gesellschafterin sei nicht so einfach und bedinge, dass jemand ihren hälftigen Stammanteil kaufe. Für die Löschung der GmbH im Handelsregister bedürfe es eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung, der aufgrund des Verschwindens des anderen Gesellschafters nicht beigebracht werden könne. In korrekter Anwendung des Leitentscheides BGE 123 V 234 bestehe bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit Ganzarbeitslosigkeit wie im vorliegenden Fall unter den Voraussetzungen von Art.

#### **E. 3.1**

Unstrittig ausgewiesen ist, dass der Beschwerdeführer

bis Ende Dezember 2017 als Küchenchef bei der A.\_\_\_\_ GmbH angestellt war (Urk. 6/2, Urk. 6/4, Urk. 6/16) und dass seine Ehefrau ab Mitte Juli 2016

bis heute als Geschäftsführerin und Gesellschafterin, ab Dezember 2016 zusammen mit C.\_\_\_\_, im Handelsregister mit der Berechtigung zur Einzelunterschrift eingetragen ist

(Urk. 6/19, Urk. 6/25).

Bei dieser Ausgangslage hat die Beschwerdegegnerin zutreffend erkannt, dass der Ehefrau des Beschwerdeführers ab Mitte Juli 2016 und auch in der hier mass geblichen Zeit ab Januar 2018 als Gesellschafterin und Geschäftsführerin der A.\_\_\_\_ GmbH

eine arbeitgeberähnliche Stellung in dieser Gesellschaft zukommt ( Art. 810 ff. OR) und dass der Beschwerdeführer daher als mitarbeitender Ehegatte einer Person im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG zu gelten hat .

Auch hat die Beschwerdegegnerin die se

Bestimmung zum Ausschluss arbeit ge berähnlicher Personen und deren im Betrieb mitarbeitender Ehegatten vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ( Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG) sowie die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur analogen Anwendung dieser Bestimmung auf arbeitgeberähnliche Personen, die Arbeitslosenentschädigung beanspruchen (BGE 123 V 234 E. 7 , 142 V 263 E. 4.1 ), korrekt angewandt. Insbesondere hat sie zutreffend erkannt, dass die im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten arbeit ge berähnlicher Personen - wie der Beschwerdeführer - vom Anspruch auf Arbeits losenent schädigung rechtsprechungsgemäss ausgeschlossen sind , und zwar unabhängig davon, ob sie selber ebenfalls eine arbeitgeberähnliche Stellung innehaben ( BGE 142 V 263 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 8C\_102/2018 vom 2 1. März 2018 E. 6.1). D ieser Aus schluss ist absolut zu verstehen und es ist daher nicht möglich , den betrof fenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leis tungen zu gewähren (vgl. 142 V 263 E. 4.1).

Auch wenn das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers mit der

A.\_\_\_\_ GmbH per Ende 2017 vollständig aufgelöst wurde ( Urk. 6/2, Urk. 6/4), bestand durch die eheliche Verbindung mit der Gesellschafterin und Geschäfts führerin der A.\_\_\_\_ GmbH weiterhin die Möglichkeit und das ent scheidende Risiko der faktischen Einflussnahme auf die Entscheidungen der ehemaligen Arbeitgeberin. Dies gilt umso mehr , als der Beschwerdeführer bis Mitte 2016 selbst jahrelang Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft war.

Nur der absolute Ausschluss des Anspruchs auf Arbeits losen entschädigung ver mag recht sprechungsgemäss

daher d em Risiko eines Miss brauchs

respektive eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen zu begeg nen, das der Ausrichtung von Arbeitslosen entschädigung an arbeitgeber ähnliche Personen und deren Ehegatten inhärent ist (vgl. E. 1.2 hiervor) . Wie das Bun des gericht im BGE 142 V 263 festgehalten hat, ist d ieses Risiko dasselbe, ob es nun um Arbeitslosen-, Kurzarbeits- oder Insolvenz ent schädigung geht. Daher recht fertige es sich keine unterschiedliche Behandlung von Ehegatten arbeit geberähnlicher Personen in Bezug auf diese drei Leistungs arten ( BGE 142 V 263 E. 4.1 mit Hinweisen ).

In der vorliegenden Konstellation ist es für den (absolut zu verstehenden) Aus schluss vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung

nach dem Gesagten un er heblich, ob tatsächlich eine rechtsmissbräuchliche Umgehung vorlag . Dies musste von der Be schwerdegeg nerin

daher nicht geprüft werden.

### **E. 3.2**

Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, führt zu keiner anderen Betrachtungsweise und rechtfertigt insbesondere nicht, von der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ( BGE 123 V 234, 142 V 263 E. 4.1 mit Hinweisen ; Urteil des Bundesgerichts 8C\_102/2018 vom 21. März 2018 E. 6.1 ) abzuweichen.

Namentlich ist es unerheblich, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses per Ende 2017 keine arbeitgeberähnliche Stellung mehr innehatte, da er seit Mitte 2016 nicht mehr Gesellschafter und Geschäftsführer der A.\_\_\_\_ GmbH war. Denn die Leistungsverweigerung erfolgte (zu Recht) allein aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung seiner Ehefrau in der GmbH, die im hier massgeblichen Zeitraum von Anfang 2018 bis zum Erlass der angefochtenen Entscheidung vom 14. März 2018 ( Urk. 2 ),

welcher rechtsprechungsgemäss die zeitliche Grenze der richterlichen Überprüfungsbezugnis bildet (BGE 132 V 215 E. 3.1.1 mit Hinweisen ; Urteil des Bundesgerichts 8C\_102/2018 vom 21. März 2018 E. 6.3 ),

unstrittig weiterhin bestand. Daher ist es entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auch nicht relevant, dass nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdeführers mit der A.\_\_\_\_ GmbH per Ende 2017 Ganzarbeitslosigkeit bestand. Denn durch seine eheliche Verbindung zur Gesellschafterin und Geschäftsführerin der A.\_\_\_\_ GmbH galt recht sprechungsgemäss - wie hiervor dargelegt - auch für ihn ohne Weiteres der absolute Ausschluss von Arbeitslosenentschädigung.

Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht - bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen - nur dann, wenn das Ausscheiden einer Person in arbeitgeberähnlicher Stellung aus dem Betrieb endgültig ist und anhand eindeutiger Kriterien feststeht (Urteil des Bundesgerichts 8C\_102/2018 vom 21. März 2018 E. 6.2 mit Hinweisen). Im hier zu beurteilenden Fall müsste dies somit auf die Ehefrau des Beschwerdeführers zutreffen, nicht auf ihn selbst.

Ohne Belang ist auch, dass seine Ehefrau nicht alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der A.\_\_\_\_ GmbH war und ist, sondern dass seit Dezember 2016 auch C.\_\_\_\_ Gesellschafter und Geschäftsführer dieser Gesellschaft ist ( Urk. 6/25 S. 3 ). Denn die Ehefrau des Beschwerdeführers

ist vorsitzende Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift und mit 100 x 100.00 Stammanteilen zu gleichen Teilen wie C.\_\_\_\_ an der Gesellschaft beteiligt, der lediglich eine Kollektivunterschriftsberechtigung zu zweien hat (Urk. 6/25). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung braucht die Frage,

ob die Ehefrau in der A.\_\_\_\_ GmbH tatsächlich massgeblichen

Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen konnte, nicht aufgrund der internen betrieblichen Struktur beantwortet zu werden, wenn sich - wie hier - eine massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt, was auf die Gesellschafterin in einer GmbH zutrifft (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_821/2013 vom 31. Januar 2014 E. 2 mit Hinweisen).

Bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH; Art. 772 ff. OR) ist zudem der Geschäftsführer zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ( Art. 814 OR). Es wäre der Ehefrau als Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift somit weiterhin möglich gewesen im Namen der A.\_\_\_\_ GmbH alleine, auch ohne C.\_\_\_\_ , Verträge abzuschliessen und beispielsweise ein neues Ladenlokal zu mieten und dem Zweck der Gesellschaft entsprechend gastro nomische Dienst leistungen anzu bieten sowie den Beschwerdeführer hierzu wieder anzustellen .

Beschlüsse, welche gemeinsam von beiden Geschäftsführern hätte erfolgen müssen (vgl. Art. 804 Abs. 2 OR), die aber wegen der angeblichen zeitweise unvertretenen Abwesenheit von C.\_\_\_\_ nicht möglich gewesen seien ( Urk. 1 S. 10) , sind davon nicht betroffen.

Im Übrigen könnte aus wichtigen Gründen, etwa bei Handlungsunfähigkeit einer GmbH , jeweils der Richter auch von einem Gesellschafter allein angerufen werden (vgl. Art. 815 Abs. 2, Art.

821 Abs. 3, 823-824 OR).

Die Ehefrau des Beschwerdeführers hat somit die unternehmerische Dispositions freiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren, jedenfalls behalten (vgl. BGE 123 V 234 E. 7b/ bb a.E .), wodurch auch das rechtsprechungsgemäss bestehende Missbrauchsrisiko weiter hin bestand. Daran ändert nichts, dass die finanzielle Situation der Gesellschaft angeblich schlecht war, zumal die hiervoor dargelegte Rechtsprechung zum Leistungsausschluss (E. 1.2, E. 3.1) selbst dann gilt, wenn eine Konkursverfahren über die Gesellschaft eröffnet worden und die GmbH in Liquidation wäre ( vgl. Urteile des Bundesgerichts 8C\_82 0/2013 vom 31. Januar 2014 E. 3.2.-3.3 und 8C\_82 1/2013 vom 31. Januar 2014 E. 3.2.-3.3 ), was hier indes nicht der Fall ist.

### **E. 3.3.1**

Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG ab dem 1. Januar 2018 verneint hat.

Sämtliche weitere Vorbringen des Beschwerdeführers führen zu keinem anderen Ergebnis. Auch sind von weiteren Beweismassnahmen bei klarer Sach- und Rechtslage keine anderen entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten, weshalb davon abzusehen ist ( antizipierte

Beweis würdigung ; BGE 124 V 90 E. 4b, 122 V 157 E. 1d , 136 I 229 E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 8C\_320/2014 vom 14. August 2014 E. 11).

Schliesslich ist eine Rückerstattung der Arbeitslosenversicherungsbeiträge der letzten 13 Jahre wegen angeblich von Anfang an rechtsmissbräuchlichem Bezug der Beiträge

durch die Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit der analogen Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit . c AVIG nicht vorgesehen. Mangels Anfechtungsgegenstand (vgl. dazu BGE 131 V 164 E. 2.1; 125 V 413 E. 1a) hat ein Entscheid zu diesem sinn gemässen Eventualantrag (Urk. 1 S. 2 ) aber jedenfalls nicht in diesem Verfahren zu erfolgen. Auf die Beschwerde ist insoweit daher nicht einzutreten.

### **E. 3.3.3**

Der angefochtene Einspracheentscheid vom 14. März 2018 ( Urk. 2) ist nach dem Gesagten rechtens. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. Das

Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Y. \_\_\_ - 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 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 Hartmann

## **E. 8**

ff. AVIG grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Die Ausführungen der Beschwerdegegnerin, wonach Personen wie er grundsätzlich vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen seien, ohne dass ihnen ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nachgewiesen werden müsse, gelte nur für Kurzarbeitsentschädigungen.

Selbst wenn er, der Beschwerdeführer, eine arbeitgeberähnliche Stellung gehabt hätte, was bestritten werde, sei er berechtigt, Arbeitslosenentschädigung zu erhalten. Denn es sei keine Rechtsmissbräuchlichkeit in seinem Verhalten auszumachen. Der Rechtsmissbrauch müsste zudem gemäss

Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) offensichtlich sein, was erst recht nicht der Fall sei (Urk. 1 S. 4 ff.). Im Übrigen habe er mehr als 13 Jahre in die Arbeitslosenkasse einbezahlt. Umso stossender sei es, dass die Beschwerdegegnerin behaupte, Personen wie er hätten grundsätzlich keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Falls dies so sein sollte, werde die Rückerstattung aller Arbeitslosenversicherungsbeiträge vom 1. Juni 2004 bis Ende 2017 gefordert. Denn es könne nicht sein, dass eine Versicherung Prämien beziehe, wenn von Anfang an feststehe, dass sie keine Leistungen daraus erbringen wolle. Das sei rechtsmissbräuchlich (Urk. 1 S. 2). 2.3

Strittig ist, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Januar 2018 in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG verneint hat. 3.

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