

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2019.00069 vom 5. Juni 2020

ZH Sozialversicherungsgericht, 2020-06-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2019.00069](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2019.00069)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2019.00069 du 5 juin 2020

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2019.00069 del 5 giugno 2020

## Erwägungen

### E. 1

Der 1967 geborene X.\_\_\_\_

war vom 1. Juni 2014 bis 31. Januar 2017 bei der Y.\_\_\_\_ GmbH als Mitarbeiter und Verkäufer und vom 1. Februar bis 7. Oktober 2017 bei der Z.\_\_\_\_ AG als Geschäftsführer angestellt ( Arbeitgeberbescheinigung, Urk. 7 S. 336-339 , s owie Arbeitsverträge, Urk. 7 S. 305 und Urk. 7 S. 320 ) .

Am 17. Oktober 2017 meldete sich X.\_\_\_\_ beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zur Arbeitsvermittlung an ( Urk. 7 S. 340 ) und beantragte am 31. Oktober Arbeitslosenentschädigung ( Urk. 7

S. 323 ff. ). Mit Schreiben vom 21. November 2017 meldete der Versicherte, dass er bei der Z.\_\_\_\_ AG keine Aktien besitze (Urk. 7 S. 278 ). Gemäss Eintrag im Handelsregister war er dort vom 27. Januar bis zur Geschäftsübergabe am 7. Oktober 2017 (Urk. 7 S. 304) als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen (v gl. [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch) sowie Urk. 7 S. 281). Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (Arbeitslosenkasse) eröffnete die zweijährige Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 17. Oktober 2017 bis 16. Oktober 2019 und richtete Arbeitslosenentschädigung aus.

Nach weiteren Abklärungen stellte die Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 7. November 2018

(nachträglich) fest, dass der Versicherte aufgrund seiner

weiteren arbeitgeberähnlichen Stellung als Gesellschafter und Geschäftsführer bei der A.\_\_\_\_ GmbH mit Einzelunterschrift keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gehabt habe beziehungsweise habe und forderte vom Versicherten die ihm für die Zeit vom 17. Oktober 2017 bis 30. September 2018 ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung im Betrag von netto Fr. 42'964.75 zurück (Urk. 7 S. 48 ). Die dagegen vom Versicherten am 5. Dezember 2018 erhobene Einsprache (Urk. 7 S. 53 ) hiess die Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 7. Februar 2019

teilweise gut, bestätigte die Rückforderung, sprach dem Versicherten für die Zeit vom 17. Oktober 2017 bis 4. Dezember 2018 eine Anspruchsberechtigung ab und stellte aber fest, dass ab dem 5. Dezember 2018 ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe, sofern auch die übrigen Voraussetzungen nach Art. 8 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) erfüllt seien .

Zudem entzog sie

einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (Urk. 2) .

### **E. 1.1**

In prozessualer Hinsicht ist zunächst zu beurteilen, ob der Beschwerde vom 11. März 2019 (Urk. 1) gegen den Einspracheentscheid vom 7. Februar 2019 die aufschiebende

Wirkung wieder zu erteilen ist, nachdem diese von der Beschwerdegegnerin mit der angefochtenen Verfügung entzogen worden ist (Urk. 2 S. 6). 1.2

Gemäss Art. 54 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) sind Verfügungen vollstreckbar, wenn sie nicht mehr durch Einsprache oder Beschwerde angefochten werden können (lit. a), wenn sie zwar noch angefochten werden können, die zulässige Beschwerde aber keine auf schiebende

Wirkung hat (lit. b) oder wenn einer Beschwerde die aufschiebende

Wirkung entzogen wird (lit. c).

Aufschiebende

Wirkung bedeutet, dass die im Dispositiv angeordnete Rechtsfolge vorläufig nicht eintritt, sondern gehemmt wird. Der Suspensiveffekt verhindert, dass Verfügungen, die Rechte oder Pflichten feststellen, begründen, ändern oder aufheben, Geltung erhalten. 1.3

Gegenstand der aufschiebenden Wirkung können nur positive Verfügungen sein, das heisst solche, die eine Pflicht auferlegen oder einem Gesuch stattgeben (BGE 126 V 409 E. 3b, 124 V 84 E. 1a). Dagegen sind negative Verfügungen, mit denen ein Begehren um Feststellung, Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten abgelehnt wird, wie namentlich Leistungsverweigernde Anordnungen, der aufschiebenden Wirkung nicht zugänglich (BGE 126 V 409 E. 3b, 123 V 41 E. 3, 117 V 188 E. 1b mit Hinweisen).

Mit der hier angefochtenen Einspracheentscheid lehnte die Beschwerdegegnerin eine Leistungspflicht ab und der Beschwerdeführer wurde verpflichtet, den Betrag von Fr. 42'964.75 netto zurückzuzahlen (Urk. 2). Gegenstand der aufschiebenden Wirkung kann nach dem vorstehend Gesagten grundsätzlich nur die verfügte Rückerstattungspflicht sein. 1.4

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat in BGE 130 V 407 jedoch entschieden, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei Verfügungen, die eine Rückforderung von zu Unrecht ausgerichteten Leistungen zum Gegenstand haben, nicht möglich ist.

Dazu hat es erwogen, dass im gesamten Bundesverwaltungsrecht der Grundsatz gelte, dass Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen und Entscheide, die zu einer Geldleistung verpflichten, unabdingbar auf schiebende

Wirkung zukomme. Gegen Rückerstattungsforderungen erhobene Einsprachen und Beschwerden komme von Gesetzes wegen auf schiebende

Wirkung zu (BGE 130 V 413 E. 3.4).

Damit ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerde im Einspracheentscheid vom 7. Februar 2019 zu Unrecht die aufschiebende

Wirkung entzogen hat, so dass das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung insoweit gutzuheissen und festzustellen ist, dass der Beschwerde betreffend die verfügte Rückerstattungspflicht aufschiebende Wirkung zukommt.

In diesem Sinne ist das Gesuch des Beschwerdeführers gutzuheissen . 2 .

## 2 .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 ).

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. 2

Dagegen erhob X. \_\_\_ am 11. März 2019 Beschwerde und beantragte, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass er für die Zeit vom 17. Oktober 2017 bis 4. Dezember 2018 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe und deswegen der Betrag von Fr. 42'964.75 nicht zurückzuerstatten sei. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels und um Wiederherstellung der entzogenen auf schiebenden Wirkung der Beschwerde (Urk. 1). Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Eingabe vom 1. April 2019 die Abweisung der Beschwerde (Urk. 6). Mit Verfügung vom 2. April 2019 wurde ein zweiter

Schriftenwechsel angeordnet und dem Beschwerdeführer eine Frist von 30 Tagen zur Replik angesetzt (Urk. 10, samt Beilagen, Urk. 13/19-11 ), welche am 17. Mai 2019 erstattet wurde (Urk. 12 ). Die Beschwerdegegnerin reichte am 29. Mai 2019 ihre Duplik ein (Urk. 15 ).

## E. 2.5

Gemäss Rechtsprechung (BGE 143 V 95 E. 3.6.2) kann nach dem in Art. 9 der Bundesverfassung (BV) verankerten Grundsatz von Treu und Glauben eine unrichtige Auskunft, welche eine Behörde dem Bürger erteilt, unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten. Voraussetzung dafür ist, dass: a) es sich um eine vorbehaltlose

Auskunft der Behörden handelt; b) die Auskunft sich auf eine konkrete, den Bürger berührende Angelegenheit bezieht; c) die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, dafür zuständig war oder der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; d) der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres hat erkennen können; e) der Bürger im Vertrauen hierauf nicht ohne Nachteile rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat; f) die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung; g) das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige am Vertrauensschutz nicht überwiegt.

Vertrauensschutz setzt nicht zwingend eine unrichtige Auskunft oder Verfügung voraus; er lässt sich auch aus einer blossen behördlichen Zusicherung und sonstigem, bestimmte Erwartungen begründendem Verhalten der Behörden herleiten. Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift (vgl. Art. 27 ATSG) oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleich gestellt (BGE 131 V 472 E. 5). 3.

### **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, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genève 2019, S. 18 ff. mit Hinweisen zur Rechtsprechung). 2.2

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 Umgehungstatbestand nicht zu erfüllen, sich im Handelsregister als Gesellschafter und Geschäftsführer der einen Firma streichen zu lassen, wenn damit die weitreichenden

Bestimmungsmöglichkeiten über die Entscheide des anderen Betriebs nicht verloren gehen (Urteil des Bundesgerichts 8C\_143/2012 vom 19. September 2012 E. 4.3). 2 .3

Laut Art. 95 Abs. 1 AVIG richtet sich die Rückforderung ausser in den Fällen nach Art. 55 und Art. 59c bis

Abs.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdegegnerin erklärte zur Begründung ihrer Rückforderung im Wesentlichen (Urk. 2), nachträglich sei festgestellt worden, dass der Beschwerdeführer innerhalb eines Konglomerats eine arbeitgeberähnliche Stellung mit massgeblicher Entscheidungsbefugnis innegehabt habe, wodurch er bis zu seinem dortigen Ausscheiden am 4. Dezember 2018 zum ausgeschlossenen Personenkreis von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG gehört habe. So seien die drei Firmen Y.\_\_\_\_ GmbH, Z.\_\_\_\_ AG und A.\_\_\_\_ GmbH personell, örtlich und fachlich sehr eng miteinander verbunden gewesen. Der Nachweis eines rechts missbräuchlichen Verhaltens sei nicht erforderlich, da ein alleiniges abstraktes Risiko eines Rechtsmissbrauchs genüge. Für die Zeit vom 17. Oktober 2017 bis 4. Dezember 2018 habe somit kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestanden, weshalb für die bereits ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung von netto Fr. 42'964.75 eine Rückerstattungspflicht bestehe. Ab dem 5. Dezember 2018 habe der Beschwerdeführer allenfalls einen Anspruch, sofern die übrigen Voraussetzungen nach Art. 8 AVIG (insbesondere die Beitragszeit sowie der Lohnfluss) erfüllt seien.

### **E. 3.2**

Demgegenüber machte der Beschwerdeführer geltend, dass aufgrund der geschäftlichen Inaktivität weder von einer arbeitgeberähnlichen Stellung in der A.\_\_\_\_ GmbH noch von einem Konglomerat der drei Gesellschaften auszugehen sei. Zudem liege eine Verletzung des Vertrauensschutzes vor, da er seine Verbindungen zur A.\_\_\_\_ GmbH und zur Z.\_\_\_\_ AG mit seiner Anmeldung beim RAV offengelegt habe, weshalb er auf die Korrektheit der nachfolgenden Taggeld-Abrechnungen vertrauen dürfe (Urk. 2). 3 .3

Streitig und zu prüfen ist, ob für die Zeit vom 17. Oktober 2017 bis 4. Dezember 2018 ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung infolge arbeitgeberähnlicher Stellung des Beschwerdeführers zu Recht verneint wurde und die Rückforderung für bereits ausbezahlte Arbeitslosentaggelder im Betrag von Fr. 42'964.75 recht mässig erfolgte .

### **E. 4**

AVIG nach Art. 25 ATSG. Gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt.

Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung. Wird der Rückerstattungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist diese Frist massgebend ( Art. 25 Abs. 2 ATSG). 2 .4

Eine Rückforderung rechtsbeständig zugesprochener Kassenleistungen unterliegt den üblichen Rückkommensvoraussetzungen entweder der prozessualen Revision oder der Wiedererwägung wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der

Berichtigung, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind (BGE 129 V 110 E. 1.1 mit Hinweisen).

#### **E. 4.1**

Aus dem Handelsregister geht hervor, dass der Beschwerdeführer vom 27. Januar bis zur Geschäftsübergabe am 7. Oktober 2017 (Urk. 7 S. 304) bei der Z.\_\_\_\_ AG als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift ein getragen war (vgl. www.zefix.ch und Urk. 7 S. 281), wo er gleichzeitig auch als Geschäftsführer angestellt war (vgl. Arbeitsvertrag, Urk. 7 S. 305). Mit Schreiben vom 22. November 2017 teilte er der Beschwerdegegnerin mit, dass er von dieser Gesellschaft keine Aktien besitze (Urk. 7 S. 278).

Ebenfalls ergibt sich aus dem Handelsregister, dass der Beschwerdeführer seit dem 27.

März 2017 bei der A.\_\_\_\_ GmbH als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift wirkte (vgl. www.zefix.ch und Urk. 7 S. 298). Eine mögliche massgebliche Einflussnahme des Beschwerdeführers auf die A.\_\_\_\_

GmbH ergab sich daher bereits aus dem Gesetz (Art. 804 ff. und Art. 810 ff. des Obligationenrechts, OR).

Dadurch verfügte er über eine arbeitgeberähnliche Stellung in der Firma, welche einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung grundsätzlich ausschliesst. Ein allfälliger Anspruch kann erst dann entstehen, wenn der Beschwerdeführer effektiv und endgültig aus der A.\_\_\_\_ GmbH ausscheidet (vgl. E. 2.1).

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 beziehungsweise die arbeitgeberähnliche Stellung endgültig aufgegeben hat (vgl. so auch AVIG-Praxis ALE, Rz. B28). Die Löschung des Beschwerdeführers als Gesellschafter und Geschäftsführer der A.\_\_\_\_ GmbH erfolgte mit der Publikation im SHAB vom 4. Dezember 2018 (www.zefix.ch).

#### **E. 4.2**

Der Einwand des Beschwerdeführers, wonach die A.\_\_\_\_ GmbH gänzlich inaktiv gewesen sei, weshalb er dort auch über keine arbeitgeberähnliche Stellung verfügt habe (Urk. 1 S. 4 f., mit nachgereichten Belegen: Urk. 13/9-10), ist nicht stichhaltig. Die Inaktivität einer Firma ist

kein taugliches Kriterium dafür, um das definitive Ausscheiden einer Person in arbeitgeberähnlicher Stellung zu belegen. Bei versicherten Personen in - von Gesetzes wegen gegebener - arbeitgeberähnlicher Stellung besteht nur in äusserst wenigen Ausnahmekonstellationen kein Missbrauchsrisiko, zumal es ihr in Folge ihrer Funktion als massgebliches Organ der GmbH unbenommen ist, den Betrieb (wieder) zu aktivieren (vgl. AVIG-Praxis ALE, Rz. B34).

#### **E. 4.3**

Aus den nachfolgend aufzuzeigenden Umständen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer in einem personell, örtlich und sachlich eng verbundenen Konglomerat eine weitere arbeitgeberähnliche Stellung innehatte:

So sind die drei Firmen A.\_\_\_\_ GmbH, bei welcher der Beschwerdeführer als Gesellschafter wirkte, die Z.\_\_\_\_ AG, bei welcher er als Verwaltungsrats-Mitglied im Handelsregister

eingetragen war, sowie die Y.\_\_\_\_ GmbH, bei der er als Arbeitnehmer angestellt war, nicht unabhängig voneinander. Aus den Akten ergibt sich denn, dass der Zweck und Geschäftsbereich der drei Firmen im Wesentlichen identisch sind und insbesondere den Handel mit Lebensmitteln bezwecken. Zudem hat die Z.\_\_\_\_ AG ihren Sitz in B.\_\_\_\_, wo sich vom 28. März bis 2. Juni 2017 auch der Sitz der A.\_\_\_\_ GmbH befand. Überdies sind sie personell insofern miteinander verflochten, als C.\_\_\_\_ sowohl bei der Y.\_\_\_\_ GmbH Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung und zudem Mitglied des Verwaltungsrats bei der Z.\_\_\_\_ AG war. Sodann sind die Lohnabrechnungen der Y.\_\_\_\_ GmbH und der Z.\_\_\_\_ AG identisch (vgl. Urk. 7 S. 308 ff. und Urk. 7 S. 327 ff.) und auch die jeweiligen Arbeitsverträge haben denselben Wortlaut sowie denselben Aufbau (Urk. 7 S. 305 und Urk. 7/ S. 320).

Angesichts der geschilderten Gegebenheiten ging die Beschwerdegegnerin zu Recht davon aus, dass die Y.\_\_\_\_ GmbH, die Z.\_\_\_\_ AG sowie die A.\_\_\_\_ GmbH aufgrund ihrer engen personellen, örtlichen und sachlichen Verbindung ein Konglomerat bilden. Der Beschwerdeführer war bis Januar 2017 bei der Y.\_\_\_\_ GmbH angestellt und war seither bis Oktober 2017 bei der Z.\_\_\_\_ AG als Arbeitnehmer angestellt und gleichzeitig als

Verwaltungsrats-Mitglied mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen und war zudem von März 2017 bis Dezember 2018 bei der A.\_\_\_\_ GmbH als Geschäftsführer und Gesellschafter im Handelsregister eingetragen. Somit wurde er von

der Y.\_\_\_\_ GmbH respektive Z.\_\_\_\_ AG entlassen, hat er aber gleichzeitig in einem dritten Betrieb - A.\_\_\_\_ GmbH - eine arbeitgeberähnliche Stellung inne, weshalb aufgrund der dargelegten Verflechtung der drei Firmen durchaus die Möglichkeit bestand, dass der Beschwerdeführer weiterhin (mit-)bestimmen oder aber zumindest massgeblich beeinflussen konnte und damit Einfluss auf alle drei Firmen ausübte.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdegegnerin stellte in ihrer Beschwerdeantwort in Abrede, dass eine Verletzung des Vertrauensschutzes vorliege (vgl. beschwerdeweises Vorbringen, Urk. 1 S. 5 f.), da der Beschwerdeführer seine Beteiligungen nicht vollständig offengelegt habe (Urk. 6). So habe er im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung vom 31. Oktober 2017 die Frage 28, ob er einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehöre, verneint. Unbestrittenemass war der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Anmeldung beim RAV am 17. Oktober 2017 bei der A.\_\_\_\_ GmbH als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen, wobei keine Unterscheidung zwischen aktiven oder inaktiven Betrieben gemacht wird. Die Offenlegung seiner zwischenzeitlich beendeten Beteiligung an der Z.\_\_\_\_ AG (Schreiben vom 22. November 2017, Urk. 7 S. 278) ändert nichts daran, dass er die Beteiligung an der A.\_\_\_\_

GmbH trotz konkret gestellter Frage im Anmeldeformular nicht mitteilte und somit keine wahrheitsgemässen Angaben machte (Urk. 7/325). Eine Berufung auf den Vertrauensschutz ist unter diesen Umständen (bei wahrheitswidrigen Angaben) nicht möglich (vgl. E. 2.5).

#### **E. 4.5**

Nach dem Gesagten ging die Beschwerdegegnerin zu Recht von einer arbeitgeberähnlichen Stellung aus und hat demnach einen Anspruch des Beschwerdeführers

vom 17. Oktober 2017 bis 4. Dezember 2018

nachträglich zu Recht verneint.

## **E. 5**

.

### **E. 5.1**

Die Höhe des Rückforderungsbetrags von netto Fr. 42'964.75 für die im Zeitraum 17. Oktober 2017 bis 4. Dezember 2018 ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung (vgl. Urk. 7 S. 60-71) ist unbestritten (vgl. Urk. 1) und nicht zu beanstanden.

### **E. 5.2**

Die Zuspache der Arbeitslosenentschädigung erfolgte, weil die Beschwerde gegnerin gestützt auf die Angaben in Ziff. 28 des Antrags auf Arbeitslosenentschädigung, worin der Beschwerdeführer jegliche Arbeitgeberbereitschaft verneint hatte (Urk. 7 S. 325), fälschlicherweise davon ausging, dass der Beschwerdeführer keine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte. Dies hatte zur Folge, dass Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nicht zur Anwendung gelangte. Ein Rückkommenstitel im Sinne von Art. 53 Abs. 1 ATSG (prozessuale Revision) liegt damit vor (vgl. E. 2.4), da die Entdeckung der Arbeitgeberbereitschaft eine erhebliche neue Tatsache darstellt und es nicht der Beschwerdegegnerin zuzurechnen ist, dass sie diese nicht früher entdeckte, weil sie auf die vom Beschwerdeführer auf dem Anmeldeformular gemachten falschen Angaben abstellte. Schliesslich wurde die in masslicher Hinsicht nicht zu beanstandende Rückforderung mit Verfügung vom 7. November 2018 (Urk. 7 S. 48-50) rechtzeitig innert 90-tägiger Frist seit Kenntnisnahme des Rückforderungsanspruchs, die sich erst nach den internen Abklärungen vom 1.

November 2018 (Urk. 7 S. 58) ergab (vgl. BGE 143 V 105 E.

2.4), geltend gemacht.

## **E. 6**

Der angefochtene Einspracheentscheid (Urk. 2) erweist sich damit als rechtsens, was zur Abweisung der Beschwerde führt. Das Gericht beschliesst:

Das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird in Bezug auf die verfügte Rückerstattungspflicht gutgeheissen,

und erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Suat Sert unter Beilage eines Doppels von Urk. 15 (Duplik) - 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  
Der Vorsitzende  
Die Gerichtsschreiberin  
Hurst-Geiger

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